



Consejo Editorial

Elena Malfatti
Gianluca Famiglietti
Ascensión Elvira Perales
Itziar Gómez Fernández
Giuseppe Campanelli
María Elena Attard
Haideer Miranda
Marcelo Labanca

Gorki Gonzales Mantilla
(Coordinador)

Pisa, Italia

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

*Escritos en honor al
profesor Roberto Romboli*

TOMO I



ROBERTO ROMBOLI

Roberto ROMBOLI (Pontedera, Pisa, 1950) es uno de los académicos más representativos del actual derecho constitucional italiano. Su sede natural es Pisa, la antigua universidad de Galileo, donde estudió y se desempeña como profesor Ordinario en las materias de Derecho Constitucional y Justicia Constitucional. En esa misma casa de estudios ha desempeñado, en diversos momentos, los cargos de Director del Departamento de Derecho Público y Decano de la Facultad de Derecho y también ha sido Director del Centro interdepartamental de Bioética de la Universidad de Pisa. Ha sido además coordinador del doctorado en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. En 1996, por méritos didácticos y científicos, recibió la Orden del Querubín, el más alto honor de la Universidad de Pisa.

Roberto Romboli tiene una importante labor como editor de la sección de *Giurisprudenza costituzionale e civile* de la revista *Il Foro italiano*, y como director científico de la *Rivista di diritto costituzionale* de la cual ha sido uno de sus fundadores. Integra el comité directivo de las revistas *Giurisprudenza costituzionale*, *Quaderni costituzionale* y *Questione giustizia*. Es parte del Consejo asesor de la Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile y del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, CEPC, Madrid. Es miembro de la *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, de la *Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo* y de la *Associazione Gruppo di Pisa* de la que también fue uno de sus fundadores. Es miembro correspondiente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y miembro honorario de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

Varios de los trabajos de su considerable obra académica han sido traducidos y publicados en revistas de habla hispana. *Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1981, un libro clásico e indispensable para el estudio de la independencia judicial, la imparcialidad y los problemas relacionados con la posición del juez en el ordenamiento constitucional, ha sido traducido al castellano y publicado bajo el título *El juez preconstituido por ley*, con el sello de la editorial Palestra (2005) y el auspicio de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lo propio ha ocurrido con los trabajos que conforman el volumen *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*, editorial Palestra (2017). Su producción científica se extiende en el derecho constitucional y el derecho público y enfrenta los problemas más representativos de los derechos fundamentales, del sistema de las fuentes del derecho, de la justicia constitucional y de la función judicial. Roberto Romboli es el responsable científico e iniciador del "Curso de Alta Formación en Justicia constitucional y Tutela de los derechos" cuya primera edición tuvo lugar en el año 2011 y se mantiene vigente hasta el presente (disponible en www.cocsoaltaformazionepisa.it).

En reconocimiento a su obra académica y la docencia ha recibido la distinción de profesor honorario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y también ha sido reconocido como doctor honoris causa en la Universidad Particular Ricardo Palma de Lima y en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

Escritos en honor al profesor Roberto Romboli



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE

*Escritos en honor al
profesor Roberto Romboli*

TOMO I



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Colección “Publicaciones”
Ernesto Blume Fortini (Director)

©TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE
Escritos en honor al profesor Roberto Romboli
Gorki Gonzales Mantilla (Coordinador)
Consejo Editorial: Elena Malfatti, Gianluca Famiglietti,
Ascensión Elvira Perales, Itziar Gómez Fernández,
Giuseppe Campanelli, María Elena Attard,
Haideer Miranda, Marcelo Labanca.

Primera Edición: Octubre 2021

Diseño de carátula: María José Gonzales Z.

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2021-11541
ISBN O.C.: 978-612-4464-08-9
ISBN t.I : 978-612-4464-09-6

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright

Impreso en Perú

Tiraje: 50 ejemplares: Tomo I
50 ejemplares: Tomo II

Impresión: Q&P Impresores S.R.LTDA.
Av. Ignacio Merino N° 1546
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665
informes@qypimpresores.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERU**

Presidente

Marianella Ledesma Narváez

Vicepresidente

Augusto Ferrero Costa

Magistrados

Manuel Miranda Canales

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez (+)

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Ernesto Blume Fortini

Director de Publicaciones y Documentación

Luis R. Sáenz Dávalos

Contenido

PRESENTACIÓN.....	17
<i>Ernesto Blume Fortini</i>	

AL MAESTRO ROBERTO ROMBOLI.....	19
<i>Gorki Gonzales Mantilla</i>	

I EL GRUPO DI PISA Y EL PROFESOR ROMBOLI

ROBERTO ROMBOLI E IL <i>GRUPPO DI PISA</i>	27
<i>Gianluca Famiglietti</i>	

A CUARENTA AÑOS DE “EL JUEZ NATURAL” DE ROBERTO ROMBOLI UNA CONTRIBUCIÓN FUNDAMENTAL A LA DEFINICIÓN DE UN CON- CEPTO COMPLEJO	49
<i>Antonello Lo Calzo</i>	

IL RI-ACCENTRAMENTO DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN ITALIA (A TRENT'ANNI DALLA FONDAZIONE DEL <i>GRUPPO DI PISA</i>)	79
<i>Tania Groppi</i>	

LA NOZIONE DI “GIUDICE” E “GIUDIZIO” NEL PENSIERO DI ROBERTO ROMBOLI	103
<i>Nicola Pignatelli</i>	

UN GIUDIZIO ANCORA “SENZA PARTI”. L'INTERVENTO DI TERZI NEL PROCESSO COSTITUZIONALE SULLE LEGGI E IL CONTRIBUTO DI RO- BERTO ROMBOLI PER UN ALLARGAMENTO DEL CONTRADDITTORIO....	129
<i>Emanuele Rossi</i>	

II

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS: LOS MALES DEL PASADO Y LOS DESAFÍOS DEL PRESENTE SIGLO

10

<p>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEFERENCIA HACIA EL LEGISLADOR (A PROPÓSITO DE LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES)..... <i>Abraham Barrero Ortega</i></p>	155
<p>JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA A QUESTÃO DO LAWFARE E A NOVA EPISTEME DO DIREITO <i>Aldacy Rachid Coutinho</i></p>	177
<p>JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: A NECESSÁRIA VIGILÂNCIA NA MANU- TENÇÃO DOS AVANÇOS <i>Luiz Alberto David Araujo</i></p>	207
<p>NO TODO ES LO QUE PARECE, O SOBRE DISTINTAS MANERAS DE “VIVIR SIN AMPARO” REFLEXIONES SOBRE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA <i>Francisco Javier Díaz Revorio</i></p>	223
<p>TRANSFORMACIONES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL BRASILEÑO UN ESTUDIO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ITALIANA..... <i>Marcelo Labanca Corrêa de Araújo</i></p>	257
<p>TENDENCIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS EN VÍA INCIDENTAL, DE LA “DIFUSIÓN” HACIA UNA NUEVA CENTRALIZACIÓN <i>Elena Malfatti</i></p>	295
<p>LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS TRATADOS EN EL PERÚ REFLEXIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL <i>Elvira Méndez Chang</i></p>	323
<p>TENDENZE E QUALCHE ELEMENTO DI NOVITÀ A RIGUARDO DELLA CORREZIONE DI OMISSIONI O ERRORI MATERIALI CONTENUTI NELLE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA..... <i>Saulle Panizza</i></p>	365

L'UTILIZZO DEL DIRITTO COMPARATO DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA UN TENTATIVO DI CLASSIFICAZIONE PARTENDO DALLA GIURISPRUDENZA DEL PERIODO 2005-2020	379
<i>Paolo Passaglia</i>	
EL DEBATE (TENSIONAL) DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS NOCIONES MÍNIMO VITAL/EXISTENCIAL	409
<i>Luis Alberto Petit Guerra</i>	
RAPPORTI INTERORDINAMENTALI E MODIFICHE TACITE APPORTATE DALLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA AI DISPOSTI CHE LI RIGUARDANO E, A UN TEMPO, AL QUADRO DELLE SUE COMPETENZE	449
<i>Antonio Ruggeri</i>	
NORMAS SUBCONSTITUCIONALES RELATIVAMENTE BLOQUEADAS Y BLINDADAS EN UN RÉGIMEN DIFUSO DE CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	481
<i>Néstor Pedro Sagiús</i>	
LA GIURISPRUDENZA “CREATIVA” DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA IN MATERIA DI INIZIO E FINE VITA.....	497
<i>Gaetano Silvestri</i>	
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE CONTROLE REPUBLICANO	515
<i>Fernando Facury Scaff / Antonio Moreira Maués</i>	

III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS DESAFÍOS

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LA DIGNIDAD HUMANA EN JUEGO	537
<i>Antonio Arroyo Gil</i>	
LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES, FRENTE A CASOS DE CRISIS FINANCIERAS Y/O ECONÓMICAS.....	575
<i>Víctor Bazán</i>	

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CASO DE ESPAÑA	649
<i>Ana Carmona Contreras</i>	
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	681
<i>Marc Carrillo</i>	
TRES EXPLICACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS	711
<i>Rubén Martínez Dalmau</i>	
LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS	735
<i>Ascención Elvira Perales</i>	
O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREI- TOS SOCIAIS NO BRASIL.....	761
<i>Estefânia Maria de Queiroz Barboza / Gustavo Buss</i>	
EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO: UNA NUEVA RAMA DEL DERE- CHO.....	785
<i>Fernando Rey Martínez</i>	
EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS Y EL DERECHO PENAL ...	827
<i>Miguel Revenga Sánchez</i>	
DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN A LA DEFINICIÓN PARITARIA DE LA CIUDADANÍA	849
<i>Blanca Rodríguez Ruiz</i>	
EL ACCESO DE LAS PAREJAS <i>SAME-SEX</i> AL MATRIMONIO: EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTÁN- DAR COMÚN DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES EN EUROPA	881
<i>Silvia Romboli</i>	
PROBLEMÁTICA EN TORNO AL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA EN ITALIA A LA LUZ DE LOS ESCRITOS DEL PROFESOR ROMBOLI	911
<i>María Ruiz Dorado</i>	

RIFLESSIONI SULL'UTILIZZO DELL'ARGOMENTO DELLA DIGNITÀ UMANA NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLE CORTI COSTITUZIONALI.....	927
<i>Angioletta Sperti</i>	

IV

ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

UN CAFÉ, ESCENARIO PROPICIO PARA UNAS BREVES REFLEXIONES DIA- LÓGICAS ENTRE MAMA OCLLO Y EL PROFESOR ROBERTO ROMBOLI: LA ACCIÓN POPULAR EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA	963
<i>María Elena Attard Bellido</i>	

LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DEL ESTADO DESDE UN ANÁLISIS HIS- TÓRICO-COMPARATIVO EN AMÉRICA LATINA.....	999
<i>Silvia Bagni</i>	

DEMOCRAZIA E “SINTOMATOLOGIA” COSTITUZIONALE: SPUNTI DAI PAESI MENA PER L'AMERICA LATINA.....	1035
<i>Michele Carducci</i>	

13

CARLO AZEGLIO CIAMPI, RAPPRESENTANTE DELL'UNITÀ NAZIONALE: IL PRESIDENTE DELL' “ORIZZONTE COMUNE”	1055
<i>Paolo Caretti</i>	

COLLOQUIANDO... CON TRE DENSE PAGINETTE	1099
<i>Paolo Carnevale</i>	

“SOCIAL” DEMOCRACY?	1135
<i>Pasquale Costanzo</i>	

LA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA ESPERANZAS Y DESAFÍOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL COMPARADO	1147
<i>Emanuele Corn</i>	

LA VACANCIA DE UN PRESIDENTE EN EL PERÚ DE HOY	1179
<i>Domingo García Belaunde</i>	

LA CONSTITUCIÓN COMO PACTO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL... <i>Luis López Guerra</i>	1205
LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA: ESPERANDO A GODOT.... <i>Augusto Martín de la Vega</i>	1231
“POLÍTICO” Y “JURISDICCIONAL” CIENTOS AÑOS DESPUÉS DEL VERFASSUNGSGERICHTSHOF (¿QUÉ QUEDA DE Kelsen?) <i>Lucio Pegoraro</i>	1265
SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN ESPECIAL SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA <i>Juan Manuel Sosa Saco</i>	1313
STATO DI DIRITTO E FUNZIONE REQUIRENTE IN ITALIA: UN UNICUM EUROPEO?..... <i>Giovanni Tarli Barbieri</i>	1349

V

JUECES, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN LOS RÉGIMENES CONSTITUCIONALES DE NUESTROS DÍAS; SUS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN..... <i>Luis Aguiar de Luque</i>	1389
HANS Kelsen EL FUNDADOR DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD..... <i>Ernesto Blume Fortini</i>	1413
FORMAZIONE, SELEZIONE, RUOLO E ORGANIZZAZIONE LA COMPLESSA FIGURA DEL DIRIGENTE DELL'UFFICIO GIUDIZIARIO REQUIRENTE..... <i>Giuseppe Campanelli</i>	1445

LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO NEL DISEGNO DI LEGGE BONAFEDE DEL SETTEMBRE 2020	1463
<i>Francesco Dal Canto</i>	
SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS FISCALES COMO OPERADORES DE JUSTICIA (A PROPÓSITO DE LA INAMOVILIDAD EN EL CARGO Y LA ESTABILIDAD LABORAL)	1493
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	
LAS SENTENCIAS FUNDADORAS DEL SISTEMA EUROPEO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	1515
<i>Itziar Gómez Fernández</i>	
JUECES Y RATIFICACIÓN JUDICIAL EN EL PERÚ: LA PERSISTENCIA AUTORITARIA	1557
<i>Gorki Gonzales Mantilla</i>	
L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE E LE SUE CONDIZIONI	1597
<i>Massimo Luciani</i>	
EL DIÁLOGO JUDICIAL EN DERECHOS HUMANOS	1615
<i>Haideer Miranda Bonilla</i>	
REPENSANDO EL PODER JUDICIAL UN HOMENAJE AL PROFESOR ROMBOLI	1639
<i>Giorgia Pavani</i>	
IL CONTRADDITTORIO NEL GIUDIZIO SULLE LEGGI IN VIA INCIDENTALE TRA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NOVITÀ NORMATIVE	1677
<i>Andrea Pertici</i>	
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO ¿INCLUSO PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN? ...	1707
<i>Sabrina Ragone</i>	
LA RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE DEL CSM NEL “DISEGNO DI LEGGE BONAFEDE” (AC 2861) UN PUZZLE DI DIFFICILE RICOMPOSIZIONE	1729
<i>Carmela Salazar</i>	

Presentación

El Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional se complace en presentar a la comunidad académica el libro *Cultura Constitucional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*. Este volumen es el resultado de un trabajo en el que han participado académicos de distintas universidades de Europa y América Latina.

El profesor Romboli es un digno representante de las últimas generaciones del constitucionalismo europeo y reconocido profesor de la Universidad de Pisa - Italia, que ha desarrollado una línea de pensamiento de gran influencia desde su preocupación por los problemas de la jurisdicción, los jueces y su relación con el funcionamiento de las democracias, sobre la interpretación y sus manifestaciones en la Corte Constitucional italiana, sobre las relaciones entre la función interpretativa del juez ordinario y la interpretación constitucional, sobre el debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo en Italia y la eutanasia; en suma, sobre los desafíos presentes y futuros de los derechos fundamentales. Más de trescientos escritos entre libros, artículos y ensayos conforman la obra inmensa del profesor de la Universidad de Pisa.

17

Nuestro Tribunal constitucional ha recibido en varias oportunidades la visita del profesor Romboli quien, aprovechando sus compromisos académicos en el Perú, no tuvo reparo en brindar su tiempo para compartirlo con nuestros asesores y demás funcionarios, pero también para intercambiar con nuestros magistrados pareceres sobre los diversos problemas que involucran nuestra tarea interpretativa.

La labor de nuestro Centro de Estudios Constitucional ha estado concentrada, entre otros aspectos, en promover la investigación y la difusión del pensamiento crítico sobre las instituciones, los derechos

fundamentales y las garantías constitucionales en su evolución a través de la historia contemporánea. Esta es una ocasión especial pues los trabajos que componen este libro abordan un conjunto de problemas, sobre la base de la obra y los problemas enfrentados en muchos de los trabajos del profesor Romboli. Estos temas involucran asuntos tales como la cultura constitucional, la función judicial y su actividad interpretativa; la dinámica y el diálogo entre los jueces y las cortes a través de la jurisprudencia; la justicia constitucional, sus problemas, transformaciones y desafíos; las tensiones en el Estado constitucional y su legitimidad frente a los derechos y las demandas de la democracia; los problemas de la independencia judicial y su impacto en el modelo democrático; la reforma constitucional y sus diferentes caminos en algunas de las experiencias más recientes. Se trata, por tanto, de una edición de lujo que nuestro Centro de Estudios Constitucionales hace suya.

18

En efecto, al cabo de años de una labor fructífera de docencia y compromiso con los valores de la Constitución, sus discípulos y colegas de muchas partes del mundo han querido rendirle este homenaje al que nuestro Centro de Estudios se aúna. La iniciativa ha logrado materializarse gracias a quienes conforman el Consejo Editorial del libro, los profesores: Elena Malfatti (Universidad de Pisa - Italia), Gianluca Famiglietti (Universidad de Pisa - Italia), Ascensión Elvira Perales (Universidad Carlos III - España), Itziar Gómez Fernández (Universidad Carlos III - España), Giuseppe Campanelli (Universidad de Pisa - Italia), María Elena Attard (Universidad Andina Simón Bolívar- Sucre) Haideer Miranda (Universidad de Costa Rica), Marcelo Labanca (Universidad Católica de Pernambuco - Brasil) y Gorki Gonzales Mantilla de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien además tuvo la responsabilidad de coordinar los trabajos para su organización y edición. A todos ellos nuestro agradecimiento.

Ernesto BLUME FORTINI

Director del Centro de Estudios Constitucionales
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú

Al maestro Roberto Romboli

La cultura constitucional en el mundo contemporáneo es el resultado de una obra colectiva en la que el nombre del profesor Roberto Romboli destaca con amplitud y voz propia. Su trabajo se inscribe en la tradición de la escuela constitucional de la Universidad de Pisa, sin embargo, más allá de Italia o Europa su influencia ilumina muchas de las respuestas a los desafíos que el constitucionalismo ha hecho frente en las últimas décadas.

Roberto Romboli es originario de Pontedera una pequeña ciudad de la Provincia de Pisa en la región Toscana. Sus estudios los hizo precisamente en Pisa, la antigua universidad de Galileo Galilei, fundada en 1343 por el papa Clemente VI. Allí obtuvo su grado en jurisprudencia en 1975 y su incorporación a la docencia se produjo muy temprano: en 1977 era asistente ordinario de la cátedra de derecho constitucional como discípulo de Alessandro Pizzorusso, en 1982 asumió la responsabilidad de profesor asociado de derecho público y en 1986 ya estaba como profesor ordinario de derecho constitucional.

19

La obra del profesor Romboli conforma un vasto territorio de temas cuyo centro de gravedad ha estado en la reflexión sobre el papel del juez en el ordenamiento constitucional. El examen de los principios que garantizan la función judicial, pero también la influencia de esta actividad en el carácter de las democracias constitucionales ha sido un apartado fundamental en la obra del profesor de la Universidad de Pisa. Esta preocupación le ha permitido enfrentar los problemas relacionados con el estatuto profesional del juez y las garantías constitucionales comprometidas para identificar el significado concreto de la jurisdicción. Y en este propósito ha emprendido un riguroso trabajo de interpretación y reconstrucción teórica sobre la estructura institucional del

ordenamiento judicial, la posición constitucional del Consejo Superior de la Magistratura y las relaciones entre la función judicial con los otros poderes del Estado.

La reconstrucción interpretativa es el enfoque con el que Romboli ha desarrollado una investigación sobre las decisiones de la Corte constitucional de Italia para examinar su tipología y la razonabilidad de la que derivan. Este punto de vista también le ha servido para explorar la posición de los derechos y el significado concreto que estos adquieren en la relación entre el juez ordinario y la Corte constitucional. La justicia constitucional desde el punto de vista del proceso, de la compleja dinámica que representa su actuación en los casos y el impacto que esto tiene en los derechos, constituye uno de los más amplios apartados en la obra del profesor de la Universidad de Pisa.

El pensamiento jurídico de Roberto Romboli tiene como base su adhesión cultural a los derechos y a la idea de Constitución, esa es la base ideológica que orienta su trabajo en el terreno de los derechos fundamentales, para identificar sus desafíos y garantizar su realización, también para discutir las respuestas ofrecidas por la jurisdicción constitucional. Aquí se abren paso sus reflexiones sobre los principios en su evolución frente a los derechos y el matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como sobre las tensiones que suscita la eutanasia para el ejercicio de la autonomía y el sentido crítico en el que se sitúa la dignidad.

Los trabajos de Romboli y las ideas que defiende forman parte de una cultura constitucional que se reconoce en la práctica de la interpretación de los derechos, en el esfuerzo por comprender que la Constitución evoluciona en el tiempo para enfrentar las demandas de la realidad social, para dotar de significado a la propia dinámica de la acción política en el ordenamiento. Desde los tribunales y Altas cortes, pero también por efecto de la comprensión de estas decisiones en la vida de las personas y comunidades, el derecho constitucional que Romboli propone se transforma como parte de una necesidad vital para preservar nuestras democracias.

La obra del profesor de la Universidad de Pisa también se ha hecho visible en su compromiso con la universidad, siempre en su *alma mater*, como director del Departamento de Derecho Público entre 1990 y 1997, posteriormente, como decano de la Facultad de Derecho, primero entre 1997 y el año 2000 y, luego en el período del 2012 al año 2016. En los últimos años, el profesor Romboli ha desempeñado el cargo de director del doctorado en *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* y del *Centro interdipartimentale di Bioetica* de la Universidad de Pisa.

Roberto Romboli es discípulo del profesor Alessandro Pizzorusso y en esa tradición ha continuado la tarea de abrir espacios para la reflexión y el debate sobre los problemas a los que se debe hacer frente desde el derecho público en Italia. A esto responde la existencia del *Gruppo di Pisa*: la asociación que reúne a los más importantes constitucionalistas de Italia tuvo, entre sus fundadores, al profesor Romboli y su itinerario institucional está marcado por ese compromiso.

21

El *Gruppo di Pisa*, fundado el 5 de mayo de 1991, ha prolongado el impulso del que Romboli fue partícipe y en el que ha venido actuando sin pausa. En los hechos, este trabajo ha convertido a esta asociación en uno de los espacios académicos más representativos del debate constitucional en Italia y, por ello, en una de las fuentes más renovadoras y críticas de una cultura jurídica abierta y en decidida sincronía con la historia.

Conocí al profesor Romboli en el año 2000. Lo visité en su oficina del Departamento de Derecho Público en la *Piazza dei Cavalieri*. Varios de sus discípulos lo acompañaban y en aquella reunión conversamos sobre los hechos de la crisis política del Perú que por aquellos años retornaba a la democracia. Romboli escuchaba con gran interés, en medio del comentario y la sorpresa de los presentes. Ahí conocí al maestro, cordial, respetuoso, sencillo y generoso. En los años siguientes, como alumno en el doctorado, fui testigo de su disciplina académica, de la

claridad y rigurosidad de su pensamiento jurídico, de su compromiso férreo con los valores de la Constitución. Conocí al profesor admirado y seguido con cariño, respeto y enorme simpatía por sus estudiantes y discípulos de la facultad de derecho y del departamento de derecho público.

Por eso, la obra de Roberto Romboli está presente también en los espacios donde su extraordinaria vocación docente se ha hecho sentir fuera de Italia. Él ha sido el iniciador de uno de los proyectos más ambiciosos de internacionalización académica de los últimos tiempos: la creación, en el año 2012, del Curso de Alta Formación en Tutela de los derechos y Justicia constitucional de la Universidad de Pisa se ha convertido en un espacio académico de referencia obligada en el constitucionalismo contemporáneo.

En sus más de diez años de existencia este programa ha reunido a varias decenas de académicos, jueces e investigadores de distintos países de América Latina y Europa para reflexionar sobre los problemas y desafíos que los derechos fundamentales y el constitucionalismo en general deben enfrentar en los tiempos actuales. En este contexto, Romboli ha marcado la pauta como resultado de la legitimidad académica y personal que él representa para la comunidad de constitucionalistas.

Esa legitimidad ha permitido que el Centro de Estudios Constitucionales - CEC del Tribunal Constitucional del Perú haga suya la idea de publicar esta obra. El doctor Ernesto Blume Fortini, magistrado del Tribunal y director del CEC, ha sido el principal impulsor de este proyecto apenas tuvo conocimiento de él. Las coordinaciones iniciales de esta aventura contaron con el respaldo de la doctora Susana Távara, asesora del Tribunal. La dirección para el proceso de edición de los dos volúmenes que componen la obra ha estado a cargo del doctor Luis Sáenz Dávalos, director de Publicaciones y Documentación del CEC. El resultado final no hubiera sido posible sin su permanente, seria y firme disposición. También ha sido crucial la colaboración del doctor Orlando Curaca Kong asesor jurídico del Tribunal. La dedicada labor

de Vanessa Quezada Argandoña para las comunicaciones con los autores ha permitido que todo el proyecto llegué al final.

Este proyecto editorial tiene como responsables en su iniciativa, organización y resultado a los profesores y profesoras que integran el Consejo Editorial del libro: Elena Malfatti, Gianluca Famiglietti y Giuseppe Campanelli de la Universidad de Pisa, Ascensión Elvira Perales e Itziar Gómez Fernández de la Universidad Carlos III de Madrid, María Elena Attard de la Universidad Andina Simón Bolívar de Sucre, Haideer Miranda de la Universidad de Costa Rica, y Marcelo Labanca de la Universidad Católica de Pernambuco.

Los trabajos aquí reunidos son un homenaje al profesor Roberto Romboli que sus discípulos y colegas de distintos países y universidades hemos querido tributarle: un testimonio de aprecio y compromiso con los valores que su obra representa para la cultura jurídica, para los derechos y para el futuro de las democracias constitucionales.

23

Gorki GONZALES MANTILLA

Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Coordinador del Consejo Editorial del Libro:

Cultura constitucional y derecho viviente

Escritos en honor al profesor Roberto Romboli

I

**EL GRUPPO DI PISA
Y EL PROFESOR ROMBOLI**

Roberto Romboli e il *Gruppo di Pisa*

✉ GIANLUCA FAMIGLIETTI*

1. Il “fondatore morale” e la “frattura generazionale”

Roberto Romboli porta su di sé una responsabilità *storica* (beninteso, tra i costituzionalisti italiani), quella di essere stato il “fondatore morale” del *Gruppo di Pisa*.

La nascita del sodalizio, infatti, è legata “a filo doppio” a quella degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, curati dallo stesso Romboli e da poco giunti alla undicesima edizione (R. ROMBOLI, 2020 [1]). Il 5 maggio 1990, infatti, col pretesto scientifico di discutere la bozza di quello che si sarebbe convertito nel primo volume degli *Aggiornamenti* (R. ROMBOLI, 1990 [1]), il Professore invitò a Pisa alcuni colleghi, all’epoca giovani costituzionalisti, per riflettere insieme sulla recente “svolta” della giustizia costituzionale, rappresentata dal cosiddetto “smaltimento dell’arretrato”. I risultati di quella giornata di studio e di approfondimento furono poi raccolti in quello che è diventato un testo-base per chiunque voglia studiare la giustizia costituzionale italiana per come si è sviluppata successivamente a quel periodo cruciale (R. ROMBOLI, 1991 [1]).

Tanto il primo volume degli *Aggiornamenti* quanto *La giustizia costituzionale a una svolta* hanno visto la stampa in un’epoca –l’inizio degli anni Novanta– che per la giustizia costituzionale ha segnato una tappa

* Professore Associato di Diritto costituzionale, Università di Pisa.

assai particolare, quella per l'appunto dello "smaltimento dell'arretrato", un risultato «prodigioso ed assolutamente impensabile fino a pochi anni or sono» (R. ROMBOLI, 1990 [2], 38), realizzato tramite l'emanazione –tra il 1987 ed il 1989– di ben 2.402 pronunce¹, così decidendo tutte le questioni pendenti che si erano andate via via accumulando negli anni, dopo lo straordinario impegno richiesto alla Corte tra il 1978 ed il 1979 per il processo *Lockheed*.

Quella «operazione di bonifica» (A. PIZZORUSSO, 1991, 6), realizzata sotto la lunga presidenza di Francesco Saja, e che consegnò alla esperienza successiva indubbiamente una Corte *diversa* rispetto a quella che aveva operato in regime di amministrazione ordinaria prima che l'arretrato si formasse², si rese possibile senza che la Corte avesse proceduto «ad alcuna, sostanziale modifica della disciplina regolante il processo costituzionale» (R. ROMBOLI, 1991 [2], 10). È sufficientemente noto infatti come, accanto ad una migliore organizzazione del lavoro e ad una giurisprudenza spesso "dialogante" coi giudici *a quibus* in modo che diminuissero le eccezioni inviate, avessero contribuito in maniera determinante alla "stagione dello smaltimento" due *strumenti* concepiti in epoca più risalente: da un lato la delibera del 5 maggio 1981 con cui la Corte stabilì di poter far ricorso alla camera di consiglio non soltanto nell'ipotesi di manifesta infondatezza della questione ma anche in quella di manifesta inammissibilità, dall'altro non considerando parte processuale il Presidente del Consiglio dei Ministri (o il Presidente della Giunta regionale) eventualmente intervenuto in giudizio (sent. n. 210/1983).

La discussione intorno a questo cruciale snodo della giustizia costituzionale costituì dunque l'*occasione* per riunire attorno ad un tavolo (non è

1 A questo proposito Romboli parla di frantumazione «di ogni record» (R. ROMBOLI, 1988, 1086), altresì osservando come, in termini di "costi pagati", forse come conseguenza fisiologica ed inevitabile, in alcuni casi si siano riscontrati errori, sviste o infortuni di altro genere, specie con riguardo al procedimento, nonché all'aspetto formale.

2 «[N]essuno può negare [...] che nel periodo in questione la Corte abbia operato, in certa misura, in regime di amministrazione straordinaria, che ha avuto ripercussioni diverse sul concreto esercizio dei poteri della Corte, forse non tutte direttamente collegate allo smaltimento dell'arretrato» (A. PIZZORUSSO, 1991, 6).

questa una metafora, dal momento che il ristretto numero dei convenuti consentiva siffatta logistica) un “gruppo” (prima ancora che di colleghi) di amici, che improntarono le loro discussioni –che dopo quell’occasione si andarono via via ripetendo– alla massima informalità, ulteriormente arricchita dalla piacevolezza dei momenti collaterali ad un incontro scientifico, il viaggio per raggiungere la sede ospitante, una cena, una pausa dei lavori...

Ha recentemente osservato lo stesso Roberto Romboli, chiamato a riflettere insieme agli ex Presidenti del *Gruppo di Pisa* su come sia cambiata l’Associazione nei suoi trent’anni di vita, come «pensando alla situazione attuale, fatta di lezioni *online*, di *webinar*, di incontri e convegni su piattaforme (*teams*, *zoom*, *google meet*, *cisco webex*, ecc.), una cosa appare assolutamente certa: in queste condizioni il *Gruppo di Pisa* non sarebbe mai nato, dal momento che è stato il frutto di incontri avvenuti ai margini di convegni o seminari, di discussioni avviate a cena o a pranzo, poi proseguite sui treni che ci riportavano nelle nostre sedi» (AA.VV. [R. ROMBOLI], 2020, 278).

Il *Gruppo* nacque quindi in forza di una precisa scelta generazionale, quasi un “frattura” rispetto alle ritualità maggiormente paludate che si celebravano in occasione delle riunioni dell’AIC, l’Associazione italiana dei costituzionalisti –nata nel 1985– aperta ai soli Professori ordinari: non avere l’onere della preparazione di una relazione strutturata secondo gli ordinari canoni accademici, discutere senza la ritualità del convegno temi individuati in libertà e non imposti da Maestri più anziani, lontano dai cui sguardi (e giudizi) riflettere “ad alta voce” in un proficuo confronto reciproco, costituirono ottime basi sulle quali fondare quel “nucleo iniziale”.

L’essenza profonda di una simile scelta –tuttavia non meramente anagrafica– è con chiarezza colta dalle parole di Massimo Luciani: «Volevamo *davvero* dare la voce ai giovani. L’intento che ci muoveva, forse, non era interamente altruistico. Penso che, magari inconsciamente, avvertissimo che il nostro destino personale di studiosi era legato a doppio filo a quello della nostra disciplina e che per darle un futuro occorreva sollecitare i giovani a praticarla, ad amarla, a viverla sentendosi parte di una comunità, nella quale le differenze accademiche vanno rispettate (a me, confesso, piace la forma, anche in queste cose), ma non devono soffocare

il libero scambio delle idee, la discussione, il dissenso. Senza alcun *metus reverentialis*. Era, insomma, una sorta di pulsione alla salvaguardia della specie che ci pungolava.

Questo, dunque, abbiamo fatto. Il *Gruppo di Pisa* è stato, anzitutto, una palestra per i più giovani, un'occasione, per loro, di respirare un'aria più libera e per noi di verificare se la nostra disciplina desse segni di progresso o di declino, di cogliere i bisogni culturali che andavano serpeggiando alla base dell'albero accademico sul quale anche noi stavamo seduti» (AA.VV. [M. LUCIANI], 2020, 295).

Infine il nome: rispetto all'idea iniziale di battezzare il *gruppo* come quello dei "giovani costituzionalisti", ricorda Antoni Ruggeri che «il mio Maestro, Temistocle Martines, con il suo formidabile intuito e la rara lungimiranza, mi invitò a riflettere sul fatto che già dopo pochi anni alcuni di noi si sarebbero trovati costretti dall'inarrestabile scorrere del tempo ad abbandonare il Gruppo oppure che ci saremmo trovati costretti a... *rinominarlo*» (AA.VV. [A. RUGGERI], 2020, 287).

2. Il primo periodo di vita del *Gruppo* e la sua istituzionalizzazione. Il contributo di Roberto Romboli

L'esito felice del pionieristico esperimento del '90 venne ripetuto negli anni successivi attraverso l'organizzazione di un seminario annuale, in genere nel mese di maggio (con l'eccezione –almeno in questa prima fase– del secondo appuntamento, tenutosi a Ferrara il 21 giugno 1991 e dedicato al tema "Libertà e giurisprudenza costituzionale")³.

Risultava sempre "indovinata" la scelta seminariale rispetto a quella convegnistica, a tutto vantaggio della maggiore irritualità delle forme

3 Dopo il Seminario ferrarese del '91 sarebbe stata la volta di quello di Perugia (1992) dedicato a "La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato", di Messina (1993) su "La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale", di Macerata (1994) dedicato a "I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale", di Genova-Imperia (1995) in tema di "Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale", di Cagliari (1996) su "Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza costituzionale", di Milano (1997) dedicato a "Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi", e di Palermo (1998) su "Il parametro nel giudizio di costituzionalità".

e della originaria informalità dei rapporti⁴. È pur vero però che il *Gruppo* si andava allargando, il tavolo iniziale (quello reale di legno) non era più sufficiente ad accogliere i partecipanti; mentre le pubblicazioni dei primi seminari raccolgono gli interventi collocandoli semplicemente in ordine alfabetico, scorrendo gli indici di alcuni volumi successivi (sempre tra quelli richiamati e riferibili al “primo periodo”) si ha quasi l'impressione che convivessero –talvolta scontrandosi– la volontà di non perdere l'impronta originaria con la necessità di una maggiore strutturazione (taluni indici danno ad esempio conto della articolazione degli incontri in sessioni, anche perchè, dopo i primi due appuntamenti, gli altri si sarebbero sempre svolti in una giornata e mezzo).

Dal punto di vista scientifico non è mai mancato in quelle occasioni il qualificato apporto del Prof. Romboli, se non in tutti gli *Atti* di sicuro nel corso dei dibattiti.

Così, l'espansione del sindacato di costituzionalità ha fatto sostenere a Romboli la necessità che esso fosse al contempo supportato da un'adeguata motivazione, affinché la ragionevolezza non si riducesse a coprire l'arbitrio giudiziario (R. ROMBOLI, 1992, 215). Anche altrove Romboli ha messo in guardia da un simile rischio: una volta “smaltito l'arretrato”, si apriva per la Corte la possibilità per certi versi nuova di decidere sulle questioni di costituzionalità “in tempi reali”, per dirla con le parole di Massimo Luciani «a ridosso della politica» (M. LUCIANI, 1989, 78), portando Romboli a constatare come il “nuovo corso” della Corte costituzionale si fosse caratterizzato per un atteggiamento *interventista* da un lato, allorché essa si fosse trovata nella necessità di dare attuazione a valori costituzionali che si imponevano sì con una certa sicurezza, ma sui quali non vi fosse stata una scelta recente del legislatore, un atteggiamento improntato ad una *maggior prudenza* dall'altro, spesso rifugiandosi nella insindacabile discrezionalità del Parlamento, ogniqualvolta si fosse trovata

4 La quasi totalità delle pubblicazioni che hanno recepito le risultanze di quegli incontri di studio recano in copertina il riferimento al “Seminario”, con le sole eccezioni di quelle che fanno riferimento al “Convegno” di Genova-Imperia del 1995 ed a quello di Cagliari del '96.

di fronte a precise scelte attraverso le quali *la politica* avesse deciso a quale, tra i diversi diritti in gioco, tutti costituzionalmente tutelati, accordare prevalenza: «Quando la “politicalità” della questione è eccessiva rispetto alla “politicalità” della Corte, allora quest’ultima corre il rischio di doversi ritirare, dichiarando che tali scelte spettano esclusivamente al legislatore» (R. ROMBOLI, 1993 [2], 141).

A giudizio di Romboli una motivazione chiara e coerente delle decisioni della Corte costituzionale avrebbe potuto avere “all’interno” la funzione di autolimitare la discrezionalità dell’organo stesso e “all’esterno” quello di permettere un controllo da parte dell’opinione pubblica e soprattutto di consentire alla Corte di rendersi autonoma rispetto alle scelte politiche contingenti (R. ROMBOLI, 1994, 345).

Il Professore ha poi tracciato preziose coordinate in merito al conflitto intersoggettivo avente ad oggetto un atto giurisdizionale (R. ROMBOLI, 1993 [1]) o su taluni aspetti relativi alla costituzione ed alla composizione della Corte costituzionale come collegio giudicante in riferimento agli artt. 6 CEDU e 25 Cost. (R. ROMBOLI, 1996); in occasione del Seminario di Palermo del 1998 dedicato “al parametro” Romboli si è infine concentrato sul riferimento da parte del giudice alla Costituzione come parametro in situazioni distinte dalla sollevazione dell’eccezione di costituzionalità, e segnatamente nella interpretazione adeguatrice e nella applicazione diretta della Costituzione (R. ROMBOLI, 2000 [1]).

Fu proprio in occasione del seminario siciliano che avvenne l’istituzionalizzazione associativa del *Gruppo di Pisa*, attraverso la costituzione di un Direttivo e la designazione di un Presidente, sintomi di una comunità che ormai chiedeva un’organizzazione più stabile: dimostrando un significativo spirito innovativo in un periodo storico in cui le donne erano pressoché assenti dai vertici della vita pubblica –così scrive l’attuale Presidente dell’Associazione– venne eletta Presidente dell’Associazione Adele Anzon (AA.VV. [M. D’Amico], 2020, 274). In quella occasione «e poi per diversi anni ancora, la nomina del direttivo avvenne senza alcuna votazione, ma attraverso la individuazione di una serie di colleghi che potessero essere rappresentativi di differenti zone

geografiche ed interessati alla vita ed alle iniziative del gruppo» (AA.VV. [R. ROMBOLI], 2020, 280).

Il primo Seminario successivo alla istituzionalizzazione della Associazione si tenne a Firenze alla fine di maggio del 1999 e fu dedicato ad una rilessione sulle “Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale”, un tema “caldissimo” in quel periodo, dal momento che nel progetto di riforma della Commissione Bicamerale D’Alema-Berlusconi le vie d’accesso alla Corte venivano allargate fino a ricomprendersi pressoché tutti gli istituti sperimentati in altri ordinamenti: dall’accesso diretto dei singoli a quello delle minoranze parlamentari, da quello dei parlamentari o dei candidati a Presidente della Repubblica per questioni relative al contenzioso elettorale, a quello degli enti locali. In quella occasione il contributo del Prof. Romboli analizzava l’ipotesi di un ricorso diretto individuale in comparazione puntuale tra l’esperienza italiana e quella spagnola⁵, con precipuo riguardo alle difficoltà cui l’*amparo* aveva dato luogo, sia in riferimento alla funzionalità del sistema di giustizia costituzionale, sia prendendo in considerazione i rapporti fra Tribunale costituzionale e giudici comuni. Alla base dell’intera disamina, peraltro, si poneva già l’idea che i giudici comuni sono perfettamente in grado di assicurare il rispetto del principio di costituzionalità e di proteggere i diritti fondamentali (R. ROMBOLI, 2000 [2]).

Il “primo periodo” del *Gruppo di Pisa* non può chiudersi senza ripercorrerne un altro momento-chiave, ossia la decisione di dar vita ad una rivista scientifica. Nacque infatti allora la *Rivista di Diritto costituzionale*, caratterizzata da una originale impostazione, con “Saggi” su tematiche di ampio respiro commissionati dalla direzione, “Fatti” di attualità ma in grado di avere una proiezione oltre il momento del loro accadere, un “Forum” la cui principale finalità era quella di catturare un dibattito vivo e tradurlo sulla carta ed infine le “Recensioni” di libri, al tempo quasi sempre elogiative, con la possibilità di replica dell’autore, in modo

5 In quegli anni Romboli approfondiva lo studio della giustizia costituzionale spagnola, traducendo quell’impegno nell’ampio capitolo scritto con Rolando Tarchi per il volume sulle esperienze straniere di giustizia costituzionale dai due curato insieme a Jörg Luther; ancora oggi lo scritto costituisce una delle più complete e significative disamine del sistema di giustizia costituzionale spagnolo (R. ROMBOLI, R. TARCHI, 2000).

da rendere più libero il recensore: «[C]he possa prender nuova linfa lo studio di temi di respiro teorico che [...] sembrano invece trascurati e quasi caduti in disuso. Troppe volte, infatti, si assiste ad una produzione scientifica –come dire?– congiunturale, legata com'è ad un presente effimero (e, purtroppo, di tanti “presenti” siffatti sembra intessuta la trama della nostra Repubblica, per come è venuta soffertamente evolvendosi fin qui...): una produzione, insomma, troppo schiacciata sul contingente» (AA.VV., 1996, VII).

Tra il 1996 ed il 2009 sono stati pubblicati 14 numeri della Rivista che è poi cessata a causa delle difficoltà dei Direttivi via via succedutisi di seguire con continuità l'intera e complessa “filiera editoriale” dalla assegnazione dei contributi fino alla correzione delle bozze cartacee. Dopo un periodo di “letargo”, l'eredità della *Rivista di Diritto costituzionale* è stata raccolta –grazie alla felice intuizione del Direttivo guidato da Pasquale Costanzo– dalla rivista *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, una rivista telematica che –sia pure con i dovuti aggiustamenti– si pone in continuità con l'esperienza avviata a metà anni Novanta, affermandosi quale «strumento autonomo (*i.e.* emancipato dal ruolo di megafono delle iniziative associative) di promozione e sviluppo del dibattito scientifico nella materia che ci occupa. Nata solo da qualche anno, vedo infatti che essa si è oramai ben strutturata, stabilizzata nella tempistica, arricchita di contributi, mostrandosi, tra l'altro, capace di essere molto presente nella discussione sui temi dell'attualità giuridica attraverso l'ampio ricorso ai *Forum* tematici di discussione. Mi pare proprio, pertanto, che la promessa e l'ambizione –manifestate sin dalle origini– di voler raccogliere il testimone della cessata Rivista cartacea dell'Associazione –la *Rivista di diritto costituzionale*– si stiano pian piano realizzando» (AA.VV. [P. CARNEVALE], 2020, 315)⁶.

⁶ Anche nei 14 numeri della Rivista di Diritto costituzionale è risultato significativo il contributo di Roberto Romboli. Nel n. 2003/8 Romboli e Azzariti esaminavano “a prima lettura” la l. n. 140/2003, evidenziandone “punto per punto” le notevoli criticità: in particolare se l'analisi di Azzariti aveva riguardato l'esame della parte del provvedimento relativa alla sospensione dei processi per le cinque più alte cariche dello Stato, la riflessione di Romboli si era concentrata sulle restanti parti della legge dedicate all'attuazione dell'art. 68 Cost. Ebbene, all'esito di quella analisi, Romboli aveva modo di constatare la chiara emersione di scelte legislative (frutto quindi dell'interpretazione data dal Parlamento all'art. 68, primo comma, Cost.) che si ponevano in evidente contrasto con la

3. Le novità del periodo successivo e la presidenza di Roberto Romboli

La strutturazione associativa portò con sé altre due elementi di significativa novità. Da un lato la duplicazione degli appuntamenti annuali, con il “convegno” che si affiancava al “seminario” prendendone il posto nella tarda primavera/inizio estate e facendo slittare l’appuntamento seminariale all’inizio della primavera (marzo) o in autunno (ottobre/novembre); dall’altro –ma le due innovazioni sono strettamente legate– il

giurisprudenza costituzionale consolidata e quindi con l’interpretazione data dalla Corte costituzionale alla stessa disposizione della Costituzione, tanto da far ritenere che lo scopo della legge fosse stato principalmente quello di opporsi alle conclusioni cui in proposito era giunto il Giudice delle leggi (G. AZZARITI, R. ROMBOLI, 2003, 260).

Nel n. 2009/14 della Rivista Romboli si diffonde invece in numerosi argomenti, tutti tratti dal vigente dettato normativo, a sostegno della presenza del pubblico ministero nel processo costituzionale che consentirebbe un indubbio arricchimento del contraddittorio a tutto vantaggio della qualità della decisione della Corte; conclude così Romboli che il pubblico ministero non è legittimato a sollevare questioni di costituzionalità, perché troppo simile alle parti, ma non può costituirsi nel giudizio costituzionale perché troppo simile al giudice (R. ROMBOLI, 2009, 287 ss.).

Particolarmente fruttifero è risultato il *feeling* del Professore con la rubrica del Forum; far sedere attorno ad un tavolo a riflettere esperti del tema prescelto per la discussione articolata per domande è stata una formula assai felice che ha accompagnato i volumi della *Rivista di Diritto costituzionale*, costituendone una delle cifre distintive. In quella lunga fase (1996-2009) Roberto Romboli ha organizzato e coordinato diversi “tavoli”: il primo (RDC, n. I/1996), insieme a Massimo Luciani, in tema di “Bioetica e Costituzione” (con interventi di L. Chieffi, F. D’Agostino, F. Mantovani, S. Rodotà), il quarto (RDC, n. 1999-4), insieme a Vittorio Angiolini e Rolando Tarchi su “La riforma universitaria” (con interventi di C. Angelici, A. D’Atena, L. Guerzoni, L. Modica, G. Silvestri), il settimo (RDC, n. 2002-7), insieme a Saulle Panizza e Pietro Paolo Sabatelli, dedicato al “Nuovo articolo 111 della Costituzione” (con interventi di M. Chiavario, M.G. Civinini, F.P. Luiso, A. Travi, N. Trocker), il decimo (RDC, n. 2005-10), ancora insieme a Luciani, in tema di “Riforma dell’ordinamento giudiziario” (con interventi di C. Chiola, A. Patrono, N. Rossi, C. Salvi), e infine il dodicesimo (RDC, n. 2007-12), insieme a Paolo Passaglia, riguardo a “L’eutanasia tra bioetica e biodiritto” (con interventi di F.D. Busnelli, M. Faggioni, E. Ripepe, C. Tripodina).

Terminata nel 2009 la stagione della Rivista cartacea la “gloriosa rubrica” è stata recuperata dalla rivista telematica *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale* ed il Professor Romboli, quando invitato, a quelle iniziative non ha mai fatto mancare il suo qualificato contributo: così, oltre alla partecipazione, già qui richiamata nel corpo del testo, al *Forum sui “30 anni del Gruppo di Pisa”* (AA.VV. [R. ROMBOLI], 2020, 278 ss.), ricordo anche i preziosi contributi resi al *Forum* dedicato a “I comunicati stampa della Corte costituzionale” (*GdP* n. 1/2020), e a quello “Sull’ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà” (*GdP* n. 1/2019).

convegno annuale veniva organizzato secondo una modalità assai originale (poi ripresa in Italia e all'estero da altre Associazioni), proprio nell'intento di promuovere ed alimentare, nel modo più intenso possibile, la partecipazione attiva dei giovani studiosi, che avrebbero però trovato poco spazio di intervento in un incontro con il tradizionale sviluppo "verticale". A partire dal Convegno di Napoli del 2000 (dedicato a "*I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale"), dunque, la prima giornata si è articolata in una sessione plenaria, nel corso della quale gli studiosi a ciò designati hanno sempre modo di illustrare le loro relazioni (fatte pervenire alla comunità scientifica con un certo anticipo), mentre il pomeriggio è stato dedicato ai lavori in tre *atelier*, ciascuno "ospitante" una tematica affrontata dalle relazioni del mattino. In quella "palestra pomeridiana" nel corso degli anni molti giovani hanno provato per la prima volta l'emozione di parlare dinanzi ad una platea altamente qualificata; alcuni hanno poi avuto in sorte di cimentarsi anche nell'"agone mattutino". La mattina del giorno seguente i lavori tornavano nella sessione plenaria per le tre relazioni dei coordinatori dei "laboratori" del pomeriggio precedente⁷ e per la relazione di sintesi tenuta da uno studioso particolarmente accreditato ed autorevole, anche non appartenente (per fatto generazionale o per altro) alla Associazione. Questo schema, con alcune varianti introdotte nel corso del tempo, perdura ancora oggi e caratterizza l'appuntamento "centrale" del *Gruppo di Pisa*.

Si avviava a scorrere parallelo al "binario convegnistico" tardo-primaverile (sempre più spesso a ridosso dell'inizio dell'estate) quello seminariale "autunnale"; il raddoppio delle iniziative scientifiche dell'Associazione lasciava forse trasparire la necessità nel "gruppo fondatore" di provare in qualche modo ad accogliere l'obiezione metodologica che qualcuno aveva sollevato sin dall'inizio, sin da quando cioè il *gruppo* si era riunito all'ombra dell'albero della giustizia costituzionale. Spiega bene l'obiezione un altro ex Presidente ricordando ancora una volta le

⁷ In quella prima circostanza a Roberto Romboli venne affidato il coordinamento dell'*atelier* sul "decreto legge", la cui *Relazione di sintesi* può leggersi in R. Romboli, 2001.

scelte originarie: «Si sarebbe potuto parlare di qualsiasi cosa, purché ci si aprisse al dialogo. Si scelse la Corte costituzionale. Non fu certo una scelta casuale: organizzando il primo incontro a Pisa, di che altro si sarebbe potuto parlare? Ma non fu neppure una scelta univoca: diversi partecipanti di allora erano critici di fronte alla “giurisprudenzializzazione del diritto costituzionale”, valutando non positivamente la tendenza alla riduzione del costituzionalismo allo studio della giurisprudenza costituzionale. Ciò non ha impedito la discussione anzi in qualche modo l’ha incentivata. Alle riunioni del *Gruppo di Pisa* alcuni di noi andavano proprio per sostenere le tesi più critiche nei confronti di ciò che appariva una eccessiva chiusura degli studi e degli studiosi entro le mura del palazzo della Consulta, altri, invece, ne difendevano le ragioni» (AA.VV. [G. AZZARITI], 2020, 302).

Ecco dunque che nella *dialettica* (più che una *dicotomia*) tra “convegno” e “seminario”, questo si converte nel momento –anche perché temporalmente di più breve durata, esaurendosi in una giornata– nel quale riflettere su temi più puntuali, di respiro più processuale, lasciando al convegno la trattazione di temi che richiedessero una riflessione “più larga”, oltre che allargata ad un numero di partecipanti sempre superiore rispetto ai seminari⁸. Questo ovviamente in linea di massima, non essendo col tempo mancate scelte di osmosi tra le caratteristiche testè evidenziate, quando non del tutto invertite.

Sotto la presidenza di Roberto Romboli, succeduto ad Adele Anzon per il triennio 2002-2004, il Direttivo del *Gruppo di Pisa* organizzò tre importanti convegni annuali, ognuno dei quali nella scelta del tema rivelava una felice intuizione: anzitutto in quello di Copanello (CZ), dedicato a “La Corte costituzionale e le corti d’Europa”, si iniziava a

8 Il primo Seminario si tenne a Roma il 5 ottobre del 2000 in tema di “Leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore”, seguirono poi quello di Pisa dell’ottobre dell’anno successivo dedicato a “Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione”, “La composizione della Corte costituzionale” fu il tema affrontato nel marzo 2003 a Roma, mentre nel marzo successivo a Parma fu la volta di “Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale”.

riflettere su quello che con espressione forse abusata è stato poi plurime volte evocato come “il dialogo tra le Corti”.

Il secondo (Pavia, 2003) fu invece dedicato al ruolo della giurisprudenza costituzionale nella attuazione della allora recente riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione; in più punti degli *Atti* si preconizzava un futuro di grande incertezza e di significative difficoltà per la Corte costituzionale: «[A]ppena superata la linea “attendista” delle prime decisioni in materia [...] non sarà affatto agevole per la Corte assolvere un tale ruolo di “rivisitazione”, considerando che la riforma del 2001 ha un contenuto dispositivo non sempre perspicuo» (E. BETTINELLI, F. RIGANO, 2004, IX).

Infine, nel giugno del 2004, il tema scelto per il Convegno di Otranto (LE) fu “Corte costituzionale e processi di decisione politica”. Osservava Federico Sorrentino nelle sue *Conclusioni*: «Viviamo oggi tempi difficili; difficili per la transizione in corso, incompiuta e infinita [...]; difficili perchè il ceto politico e l’attuale maggioranza di governo esprimono una cultura che non si riconosce o non si riconosce totalmente nel modello di democrazia garantita disegnato dalla Costituzione italiana, contrapponendo spesso (anche con relativo successo, almeno presso l’opinione pubblica) l’investitura popolare al sistema delle garanzie» (F. SORRENTINO, 2005, 939).

Ad oggi tocca amaramente constatare come quella transizione resti ancora incompiuta.

I tre volumi di raccolta degli *Atti* dei tre convegni occupano una posizione di assoluto prestigio tra gli studi costituzionalistici, con significative aperture alla dimensione comparata, continuando ancora oggi ad essere citati come testi di riferimento.

4. Il periodo della “stabilità” ed i ritorni a Pisa. Fierezza e disincanto

Dopo l’abbrivio iniziale ed il triennio di presidenza del Direttivo del *Gruppo di Pisa* di Roberto Romboli gli anni successivi segnano per l’Associazione l’inizio di una fase –assai lunga che continua tutt’oggi– di

stabilità, improntata alla crescita costante del numero degli iscritti e, parallelamente, del prestigio e della considerazione in seno non solo alla comunità scientifica dei costituzionalisti.

Per descrivere il passaggio dalla fase “pionieristica” a quella della “stabilità” suona certo assai felice la similitudine di vago sapore marinareccio offerta da Gaetano Azzariti: «un piccolo peschereccio s'è trasformato in una nave da crociera [...]. Dai pochi amici attorno al tavolo (il peschereccio con a bordo quattro marinai impegnati a discutere su quale fosse il miglior modo per pescare) alle ampie platee che riempiono i nostri convegni annuali (la nave da crociera che ci porta ancora in mare aperto, con maggiore comodità, ma anche con minore intensità)» (AA.VV. [G. AZZARITI], 2020, 302).

Negli anni successivi il contributo del Professore Romboli alla vita associativa non è mai venuto meno, tutt'altro!

La sua è stata sempre una voce ascoltata nelle annuali assemblee dei soci all'ora di suggerire possibili temi da affrontare nelle periodiche occasioni seminariali e convegnistiche; sempre preziosi sono risultati i suoi interventi nei dibattiti tanto “in plenaria” come negli *atelier*, così come gli scritti poi confluiti nelle raccolte degli *Atti* dei momenti di riflessione associativi.

39

Vorrei soffermarmi su due tra i tanti possibili.

Il Convegno annuale del 2010 segnò il “secondo ritorno” a Pisa del *Gruppo* dal 1990⁹. In quella circostanza –due intense giornate di lavori dedicate alla memoria di Alessandra Concaro– il Professore presentò una densa relazione introduttiva in cui tratteggiava i contorni non solo dell'esigenza di tutela oggettiva dell'ordinamento costituzionale (la c.d. “anima oggettiva” del controllo di costituzionalità che si materializza mediante la caducazione di leggi ritenute non conformi al dettato costituzionale),

9 Il “primo ritorno” era stato celebrato nel maggio 2001 in occasione dell'appuntamento dedicato ai caratteri di “diffusione” del giudizio sulle leggi, i cui *Atti* sono raccolti in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, 2002.

ma anche delle posizioni soggettive rivendicate nei giudizi comuni (concretizzandosi in tal modo “l’anima soggettiva” del controllo di costituzionalità delle leggi). È senz’altro possibile affermare che nel corso della sua evoluzione la giurisprudenza costituzionale ha dato complessivamente prova di sapere coniugare il soddisfacimento tanto delle finalità oggettive come di quelle soggettive del controllo costituzionale, che sul terreno del giudizio in via incidentale mirabilmente confluiscono (ROMBOLI, 2011).

Risulta centrale nel discorso di Romboli –in quello come in diversi altri scritti– il richiamo al rispetto delle regole processuali per il giudice costituzionale, che assume rilievo crescente in proporzione all’ampliarsi delle forme di tutela delle situazioni soggettive e dei diritti fondamentali: «nel processo costituzionale sono presenti non solamente *leges*, ma anche *iura* e l’aspetto “oggettivo” è sempre unito a quello “soggettivo” di tutela dei diritti fondamentali, per cui sarebbe paradossale che dopo l’accettazione di una nozione di Costituzione come fonte dei diritti e non come atto politico, dovessimo poi negare ai destinatari dei diritti la possibilità di farli valere dinanzi alla Corte costituzionale, mentre l’aspettativa di giustizia non potrebbe sussistere senza un processo, non essendo neppure pensabile un giudice senza un diritto processuale, il quale si trasformerebbe in gestore arbitrario delle posizioni sulle quali è chiamato a decidere» (ROMBOLI, 2011, 11-12)¹⁰.

Il tema “Corte e diritti” è da Roberto Romboli affrontato attraverso alcune “lenti” di indagine, tra queste l’obbligo di interpretazione conforme e le additive di principio. Romboli ne rintraccia un analogo fondamento, condividendo i due aspetti l’effetto di trasformare in certa misura la questione di costituzionalità in questione di interpretazione,

10 E il giudizio sulla rilevanza costituisce il momento cardine per verificare la disponibilità del giudice costituzionale a farsi carico delle posizioni soggettive invocate di fronte al giudice comune assumendosi come necessaria, sulla base di una costante giurisprudenza costituzionale in ordine alle condizioni per una corretta instaurazione del giudizio costituzionale, non solo l’applicazione in giudizio della norma sospettata di incostituzionalità ma anche l’esistenza di un effettivo e concreto rapporto di strumentalità fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio.

e confermando l'evoluzione del modello di sindacato sulle leggi in un modello collaborativo: la convinzione alla base del ragionamento è quella per cui in molti casi una più efficace tutela dei diritti costituzionali può essere realizzata da parte del giudice, il quale solamente può tenere conto delle specificità del caso, anziché attraverso un intervento demolitorio necessariamente generale della Corte (ROMBOLI, 2011, 15 ss.). Tali profili, ulteriormente declinati e riorientati in base anche alle “discontinuità” riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale successiva ritorneranno spesso nella produzione successiva del Professore.

Assai più recente il secondo contributo al quale intendo fare richiamo: mi riferisco alla *Relazione introduttiva* svolta in occasione del Seminario annuale del 2019 tenutosi a Pisa e dedicato al tema *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*. Quell'incontro –oltre ad aver costituito ad oggi l'ultima iniziativa del Gruppo di Pisa svolta “in presenza”, prima che l'emergenza legata alla pandemia relagasse gli appuntamenti successivi sulle piattaforme virtuali– ha simbolicamente segnato per il Gruppo un nuovo ritorno a Pisa (il “terzo”), a quasi 10 anni dal “secondo” (il Convegno annuale del 2010 poco sopra menzionato), ma soprattutto a quasi 20 anni dal primo ritorno¹¹; sottolineo tale ultimo elemento –lo fa del resto lo stesso Romboli in apertura della *Relazione*– in virtù della circostanza

11 Sia consentita la spigolatura, ma rievocare l'ultimo “ritorno a casa” del Gruppo di Pisa pochi mesi prima che deflegrasse su scala globale la più grave epidemia degli ultimi 100 anni (appunto una pandemia) richiama etimi classici. La parola *epidemia* –nel lessico quotidiano impiegata per riferirci a qualsivoglia male dilagante– ha una chiara derivazione greca, ma nella cultura classica non compare mai col significato di “malattia” (si parla di *nosos*). Nella Grecia di Omero il termine *epidemia* non appartiene al lessico medico ma a quello geografico, indicando uno stato, *un moto a o un moto da luogo*. Quando nel I Canto dell'*Odissea* Atena si rivolge a Telemaco per incitarlo ad andare alla ricerca del padre, tra le altre gli si rivolge con queste parole [nella celebre traduzione di Vincenzo Di Benedetto]: «Dunque, sono venuto, perché dicevano che fosse tornato nella sua patria, lui, tuo padre. Ma gli dèi lo tengono distante dal ritorno»; ebbene, per definire quel ritorno Omero ricorre al termine *epidemon*. Ulisse che fa ritorno nella sua patria è dunque epidemico (fedele all'etimo per cui “epi” significa *in, sopra, presso* e *demos* che indica *il villaggio, il luogo, il paese*). Se per noi oggi quel *demos* corrisponde ad un concetto sociale, per la cultura classica corrispondeva evidentemente ad uno spazio fisico (solo lo spagnolo *pueblo* rivela una tale ambivalenza). Bisognerà attendere Ippocrate –dunque il V secolo A.C.– perché il concetto di *epidemia* acquisisca un'accezione nuova, quella di male che dilaga di corpo in corpo, ed entri così nella cultura medica occidentale.

per cui nel titolo del Convegno del maggio 2001 figurava tra virgolette il termine “diffusione”, mentre nel titolo del Seminario dell’ottobre 2019 compariva virgolettato l’aggettivo “accentrato” in riferimento al sistema di costituzionalità. L’attenzione scientifica dedicata ai due poli, spesso contrapposti nelle classificazioni tradizionali, è stata evidentemente determinata dalle sollecitazioni giurisprudenziali che in vent’anni hanno fatto oscillare –sovente in modo ondivago– il “pendolo” della Corte tra i due modelli “puri”.

Tuttavia, il richiamo alla contrapposizione “accentrato-diffuso” nella visione (oserei dire) moderna di Roberto Romboli non fa tanto riferimento al significato maggiormente tecnico della ricordata distinzione, ossia alla dicotomia tra sistemi accentrati e sistemi diffusi, quanto piuttosto all’aumento di poteri in capo alla Corte costituzionale nell’esercizio delle proprie funzioni, col conseguente ampliamento della sua incidenza nel sistema: «Ciò a seguito principalmente di mutamenti giurisprudenziali, ma anche di altri elementi, in base ai quali la Corte viene ad assumere o riassumere poteri che in precedenza aveva lasciato che altri li esercitassero o più semplicemente come risultato di una autolimitazione del proprio potere di intervento» (R. ROMBOLI, 2020 [2], 13).

42

È chiaro che in questo senso il riferimento va alle relazioni del Giudice costituzionale con l’autorità giudiziaria da un lato, e con il legislatore dall’altro, ma pure, entro aspetti assai più ridotti, con le Corti sovranazionali.

Per Romboli risulta cruciale in questa fase il rapporto con il legislatore: da un lato la soluzione “in due tappe” individuata dalla Corte costituzionale per il “caso Cappato”, dall’altro la giurisprudenza (per certi versi nuova) che, a partire dal 2018, ha superato la storica barriera delle “rime obbligate” hanno fatto intravedere il parziale superamento di assunti tradizionali. Spesso infatti la Corte, trovandosi di fronte ad una disciplina ritenuta in contrasto con la Costituzione ha proceduto (e

Dunque, se ricordiamo con piacere *l’epidemia* (intesa come “ritorno a casa”) del Gruppo di Pisa nell’ottobre 2019, ciò che è accaduto nei mesi successivi ci ha restituito di quel lemma tutto il suo significato tragico e morboso.

provveduto) direttamente attraverso una decisione demolitoria ed auto-applicativa riconoscendo come la soluzione discendesse direttamente dai principi costituzionali, una soluzione –secondo la celeberrima espressione di Vezio Crisafulli– “a rime obbligate”; allorché invece la soluzione avesse implicato una pluralità di scelte, la Corte ha ritenuto che il compito dovesse necessariamente spettare al legislatore, perciò ricorrendo ad una pronuncia di inammissibilità, dal momento che la soluzione richiesta sarebbe andata ad incidere nella sfera delle scelte discrezionali del legislatore. In tali casi spesso la Corte ha accompagnato il rigetto processuale con un avviso, una raccomandazione, un monito rivolto al legislatore affinché intervenisse per porre rimedio alla situazione ritenuta incostituzionale.

Come è ampiamente noto con l'ord. n. 207/2018 la Corte ha abbandonato la tecnica decisoria del rigetto processuale con monito al legislatore in favore di una modalità di pronunciamento diversa ed assolutamente nuova: rinviare la “trattazione” della questione (nella specie la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 580 del codice penale, rubricato “Istigazione o aiuto al suicidio”) nella speranza che il legislatore potesse nel frattempo intervenire sulla disciplina censurata, così da evitarne la dichiarazione di incostituzionalità da lì ad undici mesi, durante i quali il giudizio è rimasto sospeso.

43

Essendo quel periodo trascorso, come era del resto ampiamente prevedibile, senza che il Parlamento sia intervenuto sulla disciplina dell'aiuto al suicidio, la Corte è quindi tornata sulla questione, formalmente dichiarandola incostituzionale (sent. 242/2019).

Quanto invece alla giurisprudenza delle “rime obbligate”, essa ha tradizionalmente funzionato –osserva Romboli– “da argine autoimposto” alla capacità creativa dello stesso Giudice costituzionale; si assiste invece ad una rimeditazione di quella dottrina in particolare con le sentt. nn. 236/2016, 222/2018, 40 e 112/2019 che segnano l'accentramento (in senso atecnico) si spazi di giudizio sulla cui soglia la Corte stessa in precedenza si arrestava. Di fronte alla violazione di diritti costituzionali non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a “rime obbligate”

per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione, potendo individuare nell'ordinamento «la soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata» (così Corte cost. n. 40/2019).

Sono questi solo alcuni tra i tantissimi spunti che si potrebbero richiamare a sostegno di uno spaccato significativo –l'esperienza nel *Gruppo di Pisa*– che tuttavia della traiettoria accademica di Roberto Romboli non rappresenta che una parte; significativa di certo, ma pur sempre una parte.

C'è anzitutto il Roberto Romboli docente, prima alla Facoltà poi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, c'è il Roberto Romboli coordinatore del Dottorato in *Giustizia costituzionale*, proseguendo così l'opera di Alessandro Pizzorusso, il Roberto Romboli puntuale ed instancabile annotatore della giurisprudenza costituzionale sulle colonne del *Foro italiano*, il Roberto Romboli coinvolto nelle attività di “terza missione”, sia che esse comportino un animato dibattito serale con una platea matura durante uno dei tanti “snodi” della recente storia repubblicana, sia che lo chiamino a svolgere in orario mattutino una lezione “sulla Costituzione” in un liceo; c'è il Romboli “creatore” del Corso di Alta formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti* che, ormai in dieci edizioni, ha portato per tre settimane ogni anno a Pisa a discutere e a confrontarsi su temi cruciali del diritto costituzionale più di mille tra allievi e docenti europei e in gran parte sudamericani; c'è il Romboli Preside di Facoltà prima e Direttore di Dipartimento poi, il Romboli relatore in centinaia di convegni in Italia e all'estero, occasioni poi sempre “onorate” con uno scritto successivo.

È dunque evidente che l'esperienza di Roberto Romboli *nel e per* il *Gruppo di Pisa* –come “fondatore morale”, Presidente del Direttivo e semplice Socio– abbia goduto della felice osmosi con tutte le altre “anime accademiche” (di sicuro ne avrò dimenticate alcune...); ed in virtù della stessa felice osmosi tante esperienze e sensibilità maturate in seno al *Gruppo* sono certo che abbiano arricchito tutti gli altri fronti sui quali il Professore si è speso in questi anni.

Non mi permetto di ipotizzare una gerarchia tra tutti gli spaccati di vita universitaria ricordati, anche perché negli anni ho compreso che “l'attivismo romboliano” si muove in senso assolutamente orizzontale (le mail

delle prime ore del mattino toccano svariati ambiti...e tutti meritevoli dello stesso grado di attenzione); sento tuttavia di poter azzardare che al *Gruppo di Pisa* il Professore oggi guardi con una buona dose di fierezza, verso una “creatura” rispetto alla cui nascita ha più di qualche responsabilità, ma anche con un certo disincanto; non però con la disillusione nostalgica *del tempo che fu*, ma con la consapevolezza di aver contribuito a dar vita ad una esperienza di grande valore scientifico ed umano, da tempo sì in grado di camminare su tante gambe, capace certo di autoalimentarsi, indubbiamente aperta alle inevitabili novità, ma con solidi punti di riferimento.

Fortunatamente dal *Gruppo di Pisa* non ci si pensiona!



Bibliografia

1. AA.VV., *Introduzione alla rivista*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. I/1996, VII ss.
2. AA.VV., *I 30 anni del Gruppo di Pisa*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, n. 3/2020, 273 ss.
3. G. AZZARITI, R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. 2003/8, 247 ss.
4. E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004 (spec. *Presentazione*, IX).
5. M. LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA.VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Giuffrè, Milano, 1989, 65 ss.
6. E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002.
7. A. PIZZORUSSO, *Presentazione*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, 5 ss.

8. R. ROMBOLI, *Il giudice chiama a fiori, ma la corte risponde a cuori, il giudice richiama a fiori, ma la corte risponde picche*, in *Foro it.*, 1988, I, 1080 ss.
9. R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Giappichelli, Torino, 1990 [1].
10. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Giappichelli, Torino, 1990 [2], 37 ss.
11. R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991 [1].
12. R. ROMBOLI, *Introduzione al seminario*, in Id. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991 [2], 8 ss.
13. R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 206 ss.
14. R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto "partito" tra enti e "arrivato" tra poteri (Il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993 [1], 203 ss.
15. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1993 [2], 27 ss.
16. R. ROMBOLI, *La mancanza o l'insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, 334 ss.
17. R. ROMBOLI, *Composizione del collegio giudicante e assegnazione delle cause nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 324 ss.

- 18.R. ROMBOLI, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione "adeguatrice" e l'applicazione diretta)*, in G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2000 [1], 635 ss.
- 19.R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale e introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000 [2], 631 ss.
- 20.R. ROMBOLI, *Atelier "decreto legge". Relazione di sintesi*, in V. Cocozza e S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 919 ss.
- 21.R. ROMBOLI, *La presenza del pubblico ministero davanti alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi: in attesa di un'occasione migliore*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, n. 2009/14, 287 ss.
- 22.R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, in F. Dal Canto, E. Rossi (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, 9 ss.
- 23.R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Giappichelli, Torino, 2020 [1].
- 24.R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 [2], 13 ss.
- 25.R. ROMBOLI, R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2000, 285 ss.
- 26.F. SORRENTINO, *Relazione conclusiva*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, 929 ss.

A cuarenta años de “El juez natural” de Roberto Romboli

Una contribución fundamental
a la definición de un concepto complejo

✍ ANTONELLO LO CALZO*

1. La contribución de Roberto Romboli al estudio del principio del juez natural a partir de su libro publicado en 1981

El principio de juez natural *preconstituido*¹ por la ley, contenido de manera abstracta en la expresión del artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana, se presenta como uno de los principios constitucionales de más difícil comprensión. Son varios los significados –en algunos casos divergentes– que es posible extraer de la combinación entre el sustantivo “juez” y los adjetivos “natural” y “preconstituido”. Su carácter polisemántico se confirma, asimismo, en la “doble alma” que lo distingue desde el inicio [GIALUZ, 2008, 246], en cuanto garantía fundamental del derecho de las personas a la igualdad de trato y a la imparcialidad del juez [SILVESTRI, 1997, 170] y también como criterio de organización del sistema judicial [BIONDI, ZANON, 2014, 199].

49

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la la Università di Pisa. *Assegnista di ricerca* en Derecho constitucional por la Università degli Studi del Sannio di Benevento.

1 En algunos ordenamientos jurídicos el principio en cuestión se conoce como el “principio del juez predeterminado por la ley”, por ejemplo, como está previsto en el art. 24, inciso 2 de la Constitución española, o por el art. 139, inciso 3 de la Constitución peruana. Aquí preferimos mantener la traducción “preconstituido”, porque es la utilizada en el volumen de Roberto Romboli publicado en español en 2005. Las dos nociones deben entenderse como sinónimos, de la misma manera, el “principio del juez preestablecido por la ley” se puede entender como sinónimo.

El presente artículo pretende recorrer los pasajes fundamentales del estudio que Roberto Romboli ha dedicado al principio del juez natural. Es de anotar, de hecho, que entre los variados ámbitos de investigación en el campo del derecho constitucional a los cuales el profesor Roberto Romboli se ha dedicado en sus 45 años de carrera académica, aquellos que se refieren al rol del juez y de la garantía del ejercicio de su función, tienen un relieve fundamental (quizás cuantitativamente, solo precedidos por los estudios en el campo de la justicia constitucional). El interés por el rol del juez en la garantía de los derechos, para el análisis de la propia función interpretativa –de la cual no se puede poner en duda una cierta naturaleza creativa– y para la profundidad del aparato orgánico de las garantías que connotan la independencia externa e interna en el sistema, no nace solo y exclusivamente de un espontáneo interés personal, sino que se incluye armónicamente en el estudio de las temáticas tratadas por su maestro –Alessandro Pizzorusso–, y que siguen constituyendo los pilares de la *escuela pisana* del derecho constitucional.

Los estudios sobre “el papel del juez” de Roberto Romboli encuentran su primera aparición en una obra de carácter sistemático, en la obra *El juez natural*, editada en el año de 1981, convirtiéndose en un clásico para quien quiere acercarse al estudio del principio del “juez natural” y que contiene también una serie de reflexiones que, en el diseño del autor, buscan ilustrar cada aspecto opaco y hermético de este complejo principio. La importancia y notoriedad del estudio sobre “el juez natural” es confirmada por el hecho que la obra fue traducida a la lengua española en el año 2005 y publicada en Perú con el título *El juez preconstituido por ley* [ROMBOLI, 2005]. Lo anterior no significa que antes del año de 1981 Roberto Romboli no haya elaborado las bases de su argumento sobre el estudio del juez natural. De hecho, ya varios años atrás y fruto de reflexiones desarrolladas en el tiempo, a través de la publicación de algunos artículos en la Revista *Il foro italiano* [ROMBOLI, 1975; ROMBOLI, 1976; ROMBOLI, 1980], ya se esbozaban los primeros planteamientos sobre el tema. Sin embargo, el volumen constituye la primera obra monográfica de Roberto Romboli y la primera obra del autor de carácter orgánico sobre el estudio de la magistratura, un trabajo que conserva todavía hoy gran actualidad, no obstante las importantes reformas que en los últimos años se ha realizado a la organización de la magistratura y al proceso, sobre todo, con la adopción del nuevo Código de Procedimiento Penal del año 1988.

El juez natural no es, ciertamente, la primera obra dedicada al tema ni, probablemente, el primer trabajo de corte constitucionalista; su importancia se deriva del hecho que es el primer trabajo de carácter orgánico sistémico de corte publicista. Antes de aquel momento, el estudio de este antiguo principio (de hecho, en la experiencia italiana, es posible encontrar este principio en el artículo 71 del Estatuto Albertino, o en el derecho de otros países, como el sistema francés post revolucionario) era de corte procesal: muchas obras de derecho procesal, pocas de derecho constitucional, y estas últimas, sobre todo, con un enfoque prevalentemente sectorial, como la especificidad de la materia parecía requerir.

Con la obra de 1981, al contrario, de acuerdo al diseño del autor, el estudio del principio del juez natural se abre en modo sistemático, intentando acoger todas las implicaciones que lo componen en los diversos niveles en que se estructura el derecho constitucional: garantía de derechos y organización de las funciones, reconocimiento del derecho y la efectividad de la tutela jurisdiccional.

51

Se ha dicho que, en realidad, el diseño orgánico del autor fue elaborado solo “en la mitad”, esto, porque como emerge de la premisa [ROMBOLI, 1981, 2-3], el proyecto inicial preveía la subdivisión del trabajo en dos partes inescindiblemente conexas entre ellas. En una primera parte, después de haber reconstruido la evolución histórica del principio a través de los pasajes que siguieron al Estatuto Albertino y a las labores de la Asamblea Constituyente, hasta los primeros años de aplicación constitucional, la atención se concentra en la individualización de la *ratio* del artículo 25, inciso 1, de la Constitución italiana y la relación existente entre los términos “natural” y “preconstituido”. Clarificado el significado de estos términos, el estudio se detiene en el contenido de la disposición, de la cual es posible extraer una “norma formal” (consistente en la reserva de ley en relación con la competencia del juez) y una “norma sustancial” (según la cual, la determinación puede venir solo *ex ante*, respecto a un hecho).

La segunda parte del estudio debía tener como objeto el campo de aplicación de la garantía del juez natural, vale decir, su aplicación al tribunal o a los magistrados individuales que lo componen, y su valor limitado al proceso penal, civil y administrativo, y la posibilidad de aplicar

este principio al juez constitucional y a los jueces especiales. Esta segunda parte, sin embargo, no ha visto la luz, no obstante, ello no significa que el diseño orgánico originario haya quedado “incompleto”, porque lo proyectado en el volumen de 1981 ha encontrado pleno cumplimiento en la producción “menor” de Roberto Romboli sobre el juez natural, realizada entre finales de los años ochentas e inicio de los años noventas. Como se verá en el párrafo siguiente, en estos trabajos, han tenido respuesta las interrogantes planteadas en la introducción al volumen de 1981 y se ha cerrado el cerco de la reconstrucción global sobre el significado del principio.

El rigor de la argumentación no se ve disminuido por la hipotética naturaleza parcial de esta primera parte del trabajo, puesto que de esta es ya posible extraer con claridad cuales son las “bases estructurales” del pensamiento de Romboli sobre el principio del juez natural. Partiendo de la definición en la que se sintetiza el significado del principio, se prohíbe la intervención de sujetos diferentes al legislador en la determinación de la competencia del juez y en la aplicabilidad de la ley sobre la competencia antes de su entrada en vigencia, atribuyendo unidad de significado a la expresión usada y ganando efectos concretos particularmente rigurosos en cuanto a los efectos. Para llegar a estas definiciones, el recorrido hecho es muy largo y encuentra sus raíces en los precedentes históricos y dogmáticos constitucionales.

Particular atención es dedicada a la reconstrucción de los perfiles históricos del principio y a la evolución que este ha tenido en la interpretación doctrinal a través de las varias fases de la experiencia constitucional italiana, profundización necesaria al evidenciar que el transcurso del tiempo –hasta las labores de la Asamblea Constituyente– no había servido para erradicar dudas sobre el correcto entendimiento del principio. Si, de hecho, en la época “estatutaria” el juez natural era entendido como aquel “cuya competencia estaba establecida en la ley, antes de surgir la controversia a juzgar”, distinguiéndose de otros perfiles del juez extraordinario, en la sucesiva época fascista y en la época del régimen transitorio²,

2 El período constitucional transitorio, en el derecho constitucional italiano y en la historia de la política italiana, es la fase histórica que se coloca entre el 25 de julio de 1943

el deber de apartar al ciudadano del juez natural tendía a coincidir con la prohibición de la institución del juez extraordinario [ROMBOLI, 1981, 64-65]. Esta “equivocación” probablemente ha caracterizado también los trabajos de la Constituyente, llevando a la formulación de un texto normativo que no logró, por sí mismo, a esclarecer las dudas referentes a la relación entre los diversos conceptos del “juez natural” y el “juez no extraordinario”.

Partiendo de esta consideración histórica y entrando en la concreta aplicación que el principio ha tenido después de su transposición a la Constitución Republicana, es posible identificar en la obra de Roberto Romboli, los “puntos cardinales” de su teoría sobre el juez natural.

El primer movimiento fundamental consiste en superar algunas incongruencias interpretativas en las cuales parte de la doctrina había caído en el periodo inmediatamente posterior a la entrada en vigencia de la Constitución. Ello revela que –por causa también de una insuficiente atención por el principio en estudio– se padecía de estratificaciones conceptuales propias de los anteriores periodos constitucionales, razón por la cual la doctrina predominante tendía a identificar el principio del juez natural con la prohibición de crear jueces extraordinarios, revelando una relación de complementariedad entre las disposiciones de los artículos 25, inciso 1 y el artículo 102 de la Constitución italiana [BISCARETTI DI RUFFIA, 1950, 19].

53

Con este propósito, Romboli se pregunta si el principio del juez natural se puede de verdad reducir a la prohibición de estatuir *ex post* a un juez extraordinario, o si está dotado de una propia y específica autonomía. En este sentido, la solución dada no presenta ambigüedad alguna en cuanto, a pesar de la innegable conexión, no sería posible identificar las dos garantías. El principio del juez natural significaría entonces, la prohibición de asignar *ex post* la competencia a otro juez ya estatuido y perteneciente al ordenamiento judicial [ROMBOLI, 1981, 107]. De otra parte,

y el 1 de enero de 1948, es decir, el período entre la caída del gobierno fascista de Mussolini y la finalización de la forma constitucional republicana con la entrada en vigencia de la Constitución.

los dos principios, en apariencia similares, responden a exigencias generales diversas: la prohibición de estatuir jueces extraordinarios se refiere a las relaciones de jurisdicciones y busca garantizar la unidad –salvo las excepciones expresamente previstas en la Constitución; el principio del juez natural tiene una potencia más amplia, que comprende las relaciones de competencias, con el propósito de impedir cualquier imposición *a posteriori* del juez–.

En conexión con este aspecto, es posible identificar un segundo elemento fundamental en la teoría del juez natural de Roberto Romboli. Este es el atinente a la importancia que la sentencia de la Corte Constitucional n. 88/1962 ha tenido para este principio. Los aspectos que se pueden identificar en este pronunciamiento son cruciales para el principio del juez natural, y que se pueden sintetizar así: un primer elemento se refiere a un nuevo y más correcto ámbito de operación de la norma relativa a las relaciones de competencia. Un segundo, que consiste en una determinación particularmente rigurosa del significado del precepto.

54

En cuanto al primer punto, es con la sentencia n. 88/1962 que se afirma por primera vez, de manera clara, que la preconstitución debe ser entendida en el sentido de “previa determinación de la competencia, con relación a casos abstractos realizables a futuro, no ya, *a posteriori*, en relación a una causa ya existente”.

Con el segundo punto, la Corte especificó las características particularmente rigurosas que esta norma sobre competencia debe tener. En cuanto cubierta de una reserva de ley se entiende como “absoluta” y “reforzada”. “Absoluta, porque la competencia debe ser fijada “inmediatamente y exclusivamente” por la ley y “reforzada”, por cuanto el legislador solo puede regular casos a futuros. De otra parte, esta doble garantía debe ser entendida de manera tal que cubra la individualización de los casos abstractos y del criterio de relación entre el hecho determinado y el juez que debe juzgarlo [ROMBOLI, 1981, 118].

Un tercer punto en torno al cual se estructura la teoría de Romboli, es el referente a la definición teleológica del principio del juez natural.

Su esencia en el sistema deriva de una constatación bastante intuitiva: el juez, lejos de ser “mera boca de la ley”, está dotado de poderes interpretativos significativos, razón por la cual, en su propia actividad no puede ser omitido un componente sustancialmente creativo.

Por esta razón, el fin del principio no es asegurar a las partes un juez imparcial –por cuanto este fin se garantiza mejor a través de otras disposiciones, como aquellas en materia de abstención y recusación–, sino darle al ciudadano la certeza que el juez competente no será seguramente un juez parcializado, duda que puede surgir cuando la competencia del juez sea determinada *ex post*.

Estas consideraciones se manifiestan, entonces, también en la determinación de la exacta naturaleza de la situación jurídica de la cual es titular el ciudadano, en cuanto, teniendo el principio un fin objetivo, es decir, la concreción de la “no parcialidad” del juez competente, no puede atribuirse a esta la naturaleza de derecho subjetivo, sino solo de un interés legítimo [ROMBOLI, 1981, 125].

55

Un cuarto aspecto que es claramente extraíble de la reconstrucción de Roberto Romboli, se refiere a la solución que el autor da a una cuestión controversial, esto es, la atinente a las relaciones entre el término “natural” y el término “preconstituido”.

La doctrina ha generado un largo debate: si los dos términos deben ser entendidos con dos significados distintos y determinados, o si son expresiones de un concepto unitario que no se pueden separar semánticamente. De la primera posición, es posible individualizar una pluralidad de graduaciones, de las cuales no es posible referirse en este trabajo [GIALUZ, 2008, 247], sin embargo, todas apoyan una lógica de fondo, es decir, que una lectura unitaria de los dos términos acabaría por reducir la garantía del artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana [CORDERO, 1976, 254]. La doctrina predominante [BARTOLE, 1989, 7; NOBILI, 1981, 195], a la cual Romboli se adhiere, asume una posición crítica respecto de la tesis disyuntiva.

Para confrontar las tesis disyuntivas el autor recorre todos los argumentos usados para respaldar estas tesis, evidenciando que cada criterio

interpretativo usado para sostener una posición semántica que separa los términos “natural” y “preconstituido” (literal, histórico, semántico y teleológico), determinaría una aporía difícilmente superable. Tampoco se puede sostener que la separación encuentra la propia justificación a través de la relación entre la preconstitución del órgano y de la naturaleza del juez - persona física.

En conclusión, la interpretación que considera preferible, es la que reconoce a los términos “natural” y “preconstituido” el mismo significado [PIZZORUSSO, 1970, 1067], comprendiendo así, la garantía atinente a la reserva de ley y a la irretroactividad de la determinación de la competencia. Tenemos, entonces, que cada término constituye el reforzamiento del otro, dando vida a un concepto unitario, distinto de otros valores que encuentran tutela propia en otras disposiciones de la Constitución [ROMBOLI, 1981, 157].

El quinto aspecto, que se refiere a la dimensión más concreta-material del principio, parte de la exacta reconstrucción del significado que se desprende de la disposición. Según las enseñanzas de su maestro [PIZZORUSSO, 1975, 1] y con una tesis que ha tenido larga fortuna en la doctrina [NOBILI, 1981, 189], Roberto Romboli sostiene que en el principio del juez natural pueden individualizarse dos normas: una “formal” que contiene una reserva de ley absoluta en materia de determinación de la competencia del juez, y una norma “sustancial”, de acuerdo a la cual, una ley sobre competencia que se modifica puede producir efectos propios solo sobre hechos verificados después de su entrada en vigencia.

Un aspecto que acerca las dos normas puede encontrarse en la tesis rigurosa de Roberto Romboli. La lectura que entrega, de hecho, es siempre directa a una garantía extremadamente amplia del principio, tanto de ser inducido a dudar de la legitimidad de numerosas disposiciones de leyes que modifican *ex post* la competencia, incluso en las hipótesis en que estas han superado íntegramente el examen de la Corte Constitucional.

Con relación a la primera norma se presentan varios casos concretos (por ejemplo, los casos de traslado de un juez competente a otro juez competente, o los criterios establecidos en casos de procesos

conexos)³ en los cuales la reserva de ley parece ser degradada por la Corte Constitucional al simple examen objetivo de hechos previstos en la ley. En esencia, se sostiene suficiente a los fines del respeto del principio, la determinación por la ley de los criterios a seguir para realizar el traslado. Sin embargo, esta tesis no puede ser acogida porque los criterios solo en apariencia son objetivos, requiriendo para su actuación, siempre de una intervención discrecional de parte de un sujeto diferente al legislador. En el caso en que haya una forma de poder de elección discrecional, sería siempre una violación del principio del juez natural, en cuanto no sería posible asegurar *a priori* la certeza del juez.

En relación con la norma “sustancial” se presentan algunos casos de modificación retroactiva del juez competente (por ejemplo, seguido de la modificación de la circunscripción de la oficina judicial o de la competencia de la “*Corte di Assise*”⁴). También en este caso se sostiene que sea una violación de la “preconstitución”, siempre que el juez considerado competente por un determinado hecho sea cambiado de acuerdo a la disposición de una ley entrada en vigencia después del hecho mismo. No sería nunca suficiente en estas circunstancias para justificar la legitimidad de la disposición, la mera exigencia de funcionalidad de los tribunales, los cuales serían recesivos con relación al principio del juez natural. Y esto debe entenderse de la forma más rigurosa posible: ya sea cuando el traslado no esté en grado de atentar la imparcialidad del juez, o cuando la modificación sea *per se* favorable a la parte [ROMBOLI, 1981, 229].

3 En el ordenamiento jurídico italiano, el criterio de conexión se une a los por materia y por territorio, a partir de los cuales es posible identificar al juez competente para los casos de tratamiento unitario de varios procesos. La conexión se produce cuando uno o varios procedimientos secundarios son atraídos al ámbito de competencia del juez del procedimiento principal, con la consiguiente derogación de la competencia por materia o territorio. Este criterio está sujeto a las condiciones expresamente establecidas por el legislador, por ejemplo en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal o por los artículos 31-35 del Código de Procedimiento Civil.

4 En el sistema judicial italiano, la Corte di Assise es un órgano jurisdiccional competente para juzgar los delitos más graves en primera instancia. Por ejemplo, es competente para delitos punibles con cadena perpetua o con pena privativa de libertad no menor de veinticuatro años, para casos de homicidio o terrorismo.

El principio del juez natural, entendido de la manera más rigurosa, no está exento, según Romboli, de la necesaria ponderación con otros valores constitucionales, siendo objeto de limitación cuando sea indispensable para alcanzar otros bienes preeminentes. Sin embargo, esto presupone que entre los principios en examen y los otros valores pueda realizarse un contraste efectivo y, que el resultado de la ponderación con los diversos valores en juego, estos resulten prevalentes respecto al principio del juez natural, circunstancia que el autor no considera se ha presentado en los casos concretos resueltos por la Corte Constitucional [ROMBOLI, 1981, 238].

El sexto y último aspecto, atiende a una cuestión sobre la cual Romboli vuelve en algunos escritos menores de los años sucesivos [ROMBOLI, 1986, 734], vale decir, la concreta accionabilidad del principio del juez natural. La conclusión a la que se llega es seguramente en el sentido de prever la posibilidad de obtener tutela jurisdiccional en el caso en el cual el sujeto sea desviado de su juez natural, sobre la base de un acto adoptado en contraste con el artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana. Sin embargo, sostiene que la accionabilidad del principio no puede estar fundada en el artículo 25, por cuanto esto debe respetarse cuando son correctamente integradas la norma formal y la sustancial, así que esa sería una conclusión del derecho de acción-defensa en juicio, protegido del artículo 24 de la Constitución italiana [ROMBOLI, 1981, 208-210].

2. La culminación del proyecto original de desarrollo del principio del juez natural en las obras “menores” de Roberto Romboli después del año de 1981

Como se ha señalado, el proyecto de estudio global del principio del juez natural por parte de Roberto Romboli se suspendió con la publicación de la primera parte del trabajo en la obra monográfica de 1981, sin embargo, el diseño se ha complementado con algunos ensayos académicos publicados en los años sucesivos. En los años inmediatamente sucesivos al trabajo “mayor” fue publicada una contribución en una obra enciclopédica [ROMBOLI, 1982, 966] y un artículo basado en la accionabilidad del principio del juez natural [ROMBOLI, 1986, 734]; sin embargo, es en dos trabajos de los años noventas que se complementa el estudio del principio

en cuestión. Se trata de un ensayo publicado en 1992 en la Revista *Giurisprudenza costituzionale* [ROMBOLI, 1992, 3268] y de otro publicado en una enciclopedia que reiteran el contenido del principio [ROMBOLI, 1998, 365]. Muchos de estos trabajos retoman algunos temas ya tratados en el trabajo “mayor”, pero también, presentan nuevos temas, profundizando sobre aspectos que se habían anunciado en la obra de 1981.

En primer lugar, se clarifica el campo de aplicación del juez natural. Las dudas doctrinales nacieron de un malentendido interpretativo del artículo 25 de la Constitución italiana. De hecho, mientras los incisos 2 y 3 del artículo se refieren sin duda al ámbito penal, ello no es así con relación al inciso 1. Sin embargo, una lectura conjunta de las tres disposiciones que componen el artículo, había sugerido extender la limitación en cuestión también al inciso 1, y por tanto, al principio del juez preconstituido [JEMOLO, 1951, 647]. Una reconstrucción particularmente rigurosa del principio en estudio no puede conciliarse con una aplicación reduccionista, por lo que Romboli sostiene que la garantía de la preconstitución debe aplicarse no solo al proceso penal, sino que también, a los procesos civil y administrativo. Por el contrario, quedaría por fuera del ámbito de esta garantía el Ministerio Público; segundo, la noción de “autoridad judicial” establecida por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

Si la función del principio del juez natural es la de asegurar el derecho de la parte a no ser separada de “su” juez, (sea aquella referente en sentido objetivo una mejor organización del sistema judicial) no se ve por cuál motivo la garantía no se puede aplicar también a los jueces especiales, para los cuales todavía operan mecanismos de actuación diferentes a los pensados para la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, el “*sistema tabellare*”⁵) [ROMBOLI, 1998, 372].

5 En el ordenamiento judicial italiano, el “*sistema tabellare*” consiste en la serie de reglas que cada oficina judicial adopta para organizar su trabajo con el fin de identificar quién es el juez titular de un determinado proceso. Las tablas delinean el organigrama de la oficina, su división en secciones, la asignación a la misma de los magistrados individuales y los criterios de asignación de asuntos judiciales y, por tanto, establecen las líneas de información de la actividad organizativa y permiten su control.

Cuestión diversa debe decirse de la aplicación del principio a los jueces constitucionales. Una serie de argumentos se esgrimen en contra de su aplicación a la Corte Constitucional, en parte porque su función no se entiende en sentido estrictamente jurisdiccional, dado que el juzgamiento que se adelanta frente a esta no es como el de los otros juzgamientos que se adelantan frente a otros jueces ordinarios o especiales. Adicionalmente, la especial forma de composición de la Corte, de carácter electiva, no se puede conciliar con una noción rígida de preconstitución. En ese sentido, el principio del juez preconstituido puede operar solo en un sentido “mínimo” como obligación del legislador de fijar con anterioridad el número que conforma al tribunal respecto a la causa a decidir [ROMBOLI, 1992, 3260].

El mayor problema, que de acuerdo a lo expresado al inicio del volumen de 1981, debió ser afrontado en la segunda parte del trabajo, es el referente a la determinación del significado del término “juez” usado en el artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana. Por un largo tiempo, la doctrina se ha preguntado si con ese término el constituyente se refería al juez como “órgano judicial” o al juez como “cada persona que compone al órgano”. La solución no está desprovista de consecuencias de orden teórico y práctico: desde el punto de vista teórico, porque debe tenerse en cuenta la peculiaridad de la función jurisdiccional y de la cautela y garantía dispuestas en el ordenamiento. Desde el punto de vista práctico, la elección de una u otra solución comporta una extensión o una contracción en la aplicación del principio, que se refleja inevitablemente en su eficacia [ROMBOLI, 1998, 375].

La contribución de la jurisprudencia y de otros órganos constitucionales no es definitiva. De hecho, la Corte de Casación a menudo tiende a entender el artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana como referente al juez-tribunal, reconociendo también una atenuación de la fuerza garantista del principio a la luz de una necesaria discrecionalidad que debe ser reconocida a los directores de la función para organizar la eficiencia de la actividad judicial; por el contrario la Corte Constitucional ha asumido posiciones oscilantes en el tiempo. Mientras que en una primera fase –antes de 1985– la Corte parecía referirse al juez como “componente individual” del tribunal, posteriormente parece que ha adoptado algunas decisiones de las cuales parece extraerse una solución diversa, de tipo predominantemente objetiva. Después de esta fase de incertidumbre, sin

embargo, parece que la Corte Constitucional nuevamente ha aceptado su propia jurisprudencia “personalista” [Corte Constitucional, sentencia n. 217/1998]. Debe aclararse, sin embargo, que la Corte Constitucional nunca ha afrontado expresamente el problema, razón por la cual la solución debe extraerse inductivamente del modo en cuál resuelve determinadas situaciones concretas que son puestas a su consideración (por ejemplo, no declarando ilegítimas las disposiciones que permiten a la parte procesal de influir en la determinación del juez, pero no en la composición del tribunal), salvo, quizás la sentencia n. 419/1998 de la Corte Constitucional). Por el contrario, mayor coherencia, puede predicarse de la posición del CSM y del Presidente de la República, que han sostenido siempre la concernencia de la garantía al juez como persona.

Adhiriéndose a la tesis mayoritaria de la doctrina [FOSCHINI, 1963, 168] Roberto Romboli sostiene, sin duda, que la garantía del juez natural se extiende también al juez-persona y no se limita al juez-tribunal. Esta solución aparece como lógica consecuencia tanto de la rigurosa posición que Romboli asume respecto al significado del juez natural, que ha de entenderse en el sentido más amplio, como de la visión general que el autor tiene de la función jurisdiccional y de la actividad creativa del juez, que se explica a través de su propio poder interpretativo [ROMBOLI, 1992, 3267].

61

Como ya había sostenido en 1981, la *ratio* del principio es tutelar la imparcialidad del juez, en el sentido de asegurar que el juez competente no será seguramente un juez parcial. La imparcialidad se refiere al momento en el cual el juez es llamado a decidir el caso en concreto que le es presentado y el momento “de decidir” compromete directamente al juez-persona que es llamado a adoptar la decisión, y obviamente, a motivarla. La actividad de decidir se sustenta en algo estrictamente individual, respecto a lo cual los aspectos organizativos del juzgado tienen una incidencia limitada. La relación del principio del juez natural con el juzgado, más que a la persona del magistrado, termina por anular en sustancia su sentido, porque no podrían garantizarse adecuadamente, por la interferencia *ex post* sobre competencia, todas las situaciones en las cuales mayor es la exigencia de asegurar la imparcialidad.

Una solución de tipo “objetivo”, además, no tendría en cuenta la peculiaridad de la función jurisdiccional moderna. Un punto sobre el cual Roberto Romboli regresa a menudo en su trabajo, es el referido a la imposibilidad de calificar, incluso hoy, al juez como simple “boca de la ley”. La actividad de interpretación de la ley no puede reducirse a la aplicación mecánica del derecho a los casos concretos, sino, que el juez es portador de elementos claramente creativos que no permiten encontrar entre los varios componentes de la magistratura, una plena fungibilidad. El pluralismo ideológico –incluso si se hace referencia solamente a los aspectos técnico-jurídicos– es un trato innegable de la magistratura moderna, razón por cual es determinante a los fines de la decisión, que la causa se decida por un juez en lugar de otro, y no que se decida por un juzgado en lugar de otro.

El derecho de la parte a una decisión “justa” no hace parte, al contrario, del área del principio de preconstitución, sino que encuentra su garantía en otros elementos: en la formación técnico-jurídica del magistrado y en los instrumentos necesarios para su verificación, en los mecanismos de impugnación por motivos de legitimidad de las decisiones jurisdiccionales, en la función nomofiláctica desarrollada por las Secciones Unidas a las de la Casación.

Por este motivo, habiendo identificado la naturaleza infungibile entre jueces, los únicos mecanismos legítimos para la atribución de las causas, serán los que estén cubiertos del máximo grado de automaticidad y el menor grado de discrecionalidad. Solo mecanismos autónomos, de hecho, pueden reducir al mínimo, el riesgo que la escogencia de un determinado juez-persona sea hecha *ex post* con el propósito de condicionar el resultado de la decisión en un cierto sentido [ROMBOLI, 1992, 3276].

Con el propósito de darle plena actuación a la preconstitución, a través de mecanismos de atribución con la mayor automaticidad posible, tiene especial importancia el “*sistema tabellare*” progresivamente perfeccionado por el CSM. Se trata de un mecanismo “participativo” de asignación de las causas de parte del director de la oficina judicial a los jueces individuales que lo componen. Sin embargo, el CMS ha reiterado la necesidad que el sistema de las “*tablelle*” garantice la plena realización de la preconstitución, evitando cualquier forma de incontrolada discrecionalidad del jefe de la oficina judicial. Continúa la dicotomía

entre la necesidad de asegurar de manera plena la preconstitución, con mecanismos puramente automáticos, o ponderarlo con otras exigencias que respondan al buen funcionamiento y a una mayor eficiencia de la actividad judicial, a la cual se vincula, inevitablemente, una mayor discrecionalidad del poder de asignación. Incluso, frente a la posición oscilante de la Corte Constitucional, Roberto Romboli –coherente con su visión rigurosa del principio en examen– se inclina por la primera hipótesis, no considerando legítimas las formas de desviación discrecional de acuerdo con lo establecido en el artículo 25, inciso 1 de la Constitución.

Como es típico de su método de análisis, Roberto Romboli dedica particular atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y a la manera en la que en esta se materializa el principio del juez natural. Diferentes son las circunstancias en las cuales no falta resaltar la incongruencia o la carencia de una jurisprudencia no siempre en grado de dar plena actuación al principio en los casos concretos puestos a consideración. Es el caso de la sentencia que salva de la inconstitucionalidad toda una serie de disposiciones que reconocen a una de las partes un poder de influencia en la elección del juez competente. Se cita como ejemplo la sentencia n. 217/1993, en la cual no declaró la inconstitucionalidad del Código Militar de Paz que preveía que cuando un militar imputado de abandono del servicio se ubicaba voluntariamente en un lugar diferente de aquel en que debía prestar el servicio, el juez competente era el juez del lugar en que voluntariamente se ubicaba el desertor; o la sentencia n. 269/1992 que ya había declarado la constitucionalidad del Código de Procedimiento Civil que permitía al actor recurrir alternativamente al juez del lugar en el cual la obligación se constituyó o el juez del lugar en el cual debe exigirse [ROMBOLI, 1993, 2992].

Las decisiones de este tipo reducen considerablemente el alcance del principio de preconstitución, sustrayendo de su garantía todas las situaciones en las cuales la individualización del juez competente ha sufrido cambios, no por el acto de órganos del mismo poder judicial, sino, incluso por la elección voluntaria de una de las partes procesales. De cualquier modo, parece significar una propensión implícita a la definición del objeto de la garantía en la determinación del juez persona física,

sobre todo, cuando se enfatiza que este requisito no se vería afectado por aquellas disposiciones que permiten una influencia solo en la elección del lugar.

De igual manera, su posición es crítica frente a aquellas decisiones que desconocen la garantía de la preconstitución en las cuestiones inherentes a la jurisdicción territorial del juez. Se trata, por ejemplo, de la ordenanza no. 218/1996, de acuerdo a la cual es irrelevante lo establecido en el artículo 25 de la Constitución italiana para los propósitos de la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que impiden la declaración de oficio de la incompetencia territorial en el juicio de emisión del “*decreto ingiuntivo*”⁶, aunque esta parezca manifiesta. [ROMBOLI, 1997, 1020].

64

La falta de sensibilidad demostrada por la Corte Constitucional en esta materia, surge entre otras cosas, del hecho que llega a una manifiesta falta de fundamentación a causa de una interpretación equivocada de sus precedentes. Esta, que de hecho era una afirmación –redactada mediante la técnica lingüística de la doble negación– a través de la omisión de una de las dos, se convierte en una negación pura y simple. El “no es admitido interpretar” que las cuestiones de competencia territorial no están dentro de la garantía de la preconstitución, se convierte en “las cuestiones de competencia territorial no están dentro de la garantía de la preconstitución”.

El rigor con el cual el principio del juez natural debe aplicarse, induce a Roberto Romboli a interrogarse sobre los instrumentos más idóneos para garantizar su efectividad. Si bien, para la hipótesis de leyes contrarias a la norma constitucional, ve la posibilidad de alegar su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el mayor riesgo de ineficacia se presenta con relación a aquellas violaciones que se llevan a cabo mediante instrumentos diferentes a la ley.

6 El “decreto ingiuntivo” es una disposición que el juez puede dictar a favor de quien sea acreedor de una suma de dinero o que tenga derecho a la entrega de una determinada cosa “*inaudita altera parte*”. Está regulado por los artículos 633 a 656 del Código de Procedimiento Civil.

Con el fin de subsanar la falta de accionabilidad del derecho al juez natural, el autor propone que las eventuales violaciones de los criterios de designación de los jueces y la composición de los tribunales puedan ser hipótesis de nulidad relativa alegables por las partes [ROMBOLI, 2009, 115].

Si se mantuviese la tesis tradicional según la cual las cuestiones relativas a la asignación de los procesos no se refieren a la competencia del juez, y por tanto, no implican la nulidad de los actos adoptados por el juez no competente, la parte que accede a la justicia vería seriamente limitado su derecho a una plena y efectiva aplicación del principio del juez natural. Por este motivo, siguen existiendo numerosas dudas a pesar de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal de 1988, el cual mantiene todavía la disposición del artículo 33, inciso 2 según el cual “no se consideran atinentes a la capacidad del juez, las disposiciones sobre la destinación del juez a los tribunales y a las secciones, sobre formación de los colegios y sobre la asignación de los procesos a las secciones, tribunales y jueces”, disposiciones que han superado la revisión de la Corte Constitucional. [Corte cost., sent. n. 419/1998].

65

Por otro lado, ni siquiera la jurisprudencia de la Corte Suprema parece inclinarse a una interpretación más rigurosa que permita atenuar los límites a la aplicación del principio del juez natural en hipótesis de violaciones de los criterios de asignación, salvo que estas cuestiones se traduzcan en “una distorsión de los principios y cánones esenciales del ordenamiento del poder judicial, por la violación de normas como las relativas a la titularidad del poder de asignación de los procesos por los directores de las oficinas judiciales y la obligación de motivación de los procedimientos. [Cass. pen., n. 13833/2015].

La contribución de 1999 publicada en el *Foro italiano* es el último trabajo que Roberto Romboli dedica expresamente al tema del juez natural, salvo las ocasiones en las cuales –a otros fines– retoma el principio para tratar otros temas de trascendencia sobre la organización de la justicia, o las páginas de su conocido *Manual de Derecho Constitucional* dedicadas al poder judicial, cuya última edición es del año 2019. Sin embargo, se puede decir que, a partir de los casos que se ilustran en el

siguiente apartado, las vicisitudes del principio del juez natural no han sufrido cambios importantes en los años más recientes, de tal manera que se incida significativamente sobre los “pilares” del análisis “histórico” de Roberto Romboli.

3. El principio del juez natural en las decisiones más recientes de la Corte Constitucional: residualidad del parámetro a los fines de la resolución de la cuestión de constitucionalidad

Si nos fijamos en la jurisprudencia constitucional del último decenio —en la práctica, aquella sucesiva al último trabajo sobre el juez natural de Roberto Romboli del año 2009— se puede evidenciar una confirmación de la tendencia de la Corte a seguir interpretaciones extremadamente flexibles y no siempre rigurosas del principio del juez natural, muchas veces motivadas por razones concurrentes sobre la mayor eficiencia en la organización de las oficinas judiciales.

66

De igual manera, a pesar de un buen número de cuestiones en las cuales los jueces remitentes lamentan la violación del parámetro establecido en el artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana, no existen decisiones de la Corte que censuren con la ilegitimidad constitucional las disposiciones impugnadas. En un número bastante significativo de casos, esto ocurre por flagrantes mal entendidos de los jueces *a quibus*, en cuanto al sentido exacto del principio en cuestión, aunque no faltan casos —como se vio anteriormente—, en los cuales, el rechazo parece estar motivado más a la luz de exigencias concurrentes de naturaleza pragmática.

El primer grupo de decisiones se refiere a cuestiones donde el principio del juez natural es entendido erróneamente como derecho a un recurso judicial. La denuncia sobre la falta de una sede jurisdiccional en la cual hacer valer el derecho propio también se argumenta a través de la referencia al artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana, si bien parece plausible afirmar que el único parámetro que confiere a este aspecto es el del artículo 24 de la Constitución italiana que reconoce el derecho de actuar y defenderse en juicio [Corte cost., sent. n. 355/2010; ord. n. 174/2012; sent. n. 247/2015; ord. n. 96/2016].

Asimismo, es necesario evidenciar un malentendido del juez remitente cuando denuncia una violación del parámetro del artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana, en las hipótesis en las cuales la destitución del juez natural es entendida como “la destitución de determinados actos ilícitos de su juez natural”. Se trata del caso “*ILVA di Taranto*” en el que por Decreto Ley se estableció que grandes empresas podrían continuar con la producción por un periodo de 36 meses, aun cuando se había adoptado en su contra una decisión de secuestro por parte de las autoridades judiciales. Lo anterior, con el fin de preservar el empleo y la productividad. La derogación de una decisión judicial con un acto normativo, aunque de dudosa legitimidad bajo el concepto de separación de poderes, no parece dar lugar a una violación del principio del juez natural, que como se ha visto anteriormente, debe entenderse referido solo a los aspectos referentes a la competencia del juez, ciertamente, no afectado por “una pretendida inmunidad que derivaría a los administradores del ILVA de la norma impugnada”. [Corte cost., sent. n. 85/2013].

67

A este primer grupo de decisiones pueden reconducirse las decisiones en las cuales el juez de primera instancia, cuando “alza la cuestión”, incurre en una sustancial “*aberratio ictus*”, impugnando una disposición distinta a la efectivamente capaz de producir los efectos de cuya constitucionalidad dudaba.

Esto ocurrió en el caso de la sentencia n. 257/2017, en la cual se usa el principio del juez natural con referencia a la disposición del artículo 5, inciso 3, literal 1 del Decreto Ley n. 453/1993, en la parte en la cual no se indican criterios objetivos y predeterminados que el Presidente de la sección regional de la Corte de Cuentas debe seguir para la designación del juez. No obstante, la Corte ha sostenido que si hubiera existido un perjuicio, este habría sido objetado con referencia a las disposiciones procesales que no prevén formas adecuadas de nulidad para las decisiones efectuadas con falta de criterios objetivos, no incidiendo esto en la capacidad del juez.

Además, si la Corte Constitucional comparte con el remitente la duda de que el Consejo de Presidencia de la Corte de Cuentas pueda

establecer criterios objetivos para la designación de las causas a las cuales los jefes de las oficinas judiciales deben atenerse, ello no se deriva de la disposición impugnada que en idea del *a quo* carecería de los criterios antes mencionados, sino del régimen determinado en el artículo 11 de la Ley N° 15/2009, que limita las funciones del Consejo de Presidencia solo a aquellas expresamente previstas en la Ley, mientras que anteriormente, el Consejo podía extraer criterios de carácter objetivo de las sentencias de la Corte Constitucional.

Del mismo modo, con la ordenanza n. 8/2018, el *a quo* denuncia que el artículo 446 Código de Procedimiento Penal viola el artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana, en la parte en la cual establece la competencia del juez para adelantar la investigación preliminar, en lugar del juez único, en caso de oposición al decreto de condena⁷, también por los delitos para los cuales está prevista la “citación directa a juicio”⁸. De esta forma, se le atribuiría al P.M. la facultad de condicionar la competencia del juez a través de la escogencia discrecional de ejercitar la acción penal con decreto de condena, en lugar de una citación directa. Sin embargo, la Corte advierte que el juez *a quo* se equivocó en la individualización de la disposición impugnada, ya que, tratándose de un delito perseguible con citación directa, debe aplicarse el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, que como norma especial, atribuye directamente la competencia sobre la oposición al decreto de condena al juez de instrucción.

En el segundo grupo, se incluyen una serie de decisiones referentes a una posible violación de la preconstitución provocada por cambios o discrepancias en la competencia territorial.

7 El decreto penal de condena es un auto judicial que el juez puede adoptar, a solicitud del P.M., cuando crea que sólo debe imponerse una sanción pecuniaria. El decreto se dicta “inaudita altera parte” y la participación del condenado es posible solo en caso de oposición. Está regulado por los artículos 459 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

8 La citación directa a juicio es una forma de incoación del proceso penal, prevista para infracciones menos graves, que no incluye la etapa de audiencia preliminar. La citación está formulada por el P.M. y la competencia es del juez único. Está regulada por el artículo 550 del Código de Procedimiento Penal.

En términos generales, es posible individualizar un bloque de decisiones que se originaron en la conocida “reorganización territorial de la justicia” en Italia, que en el bienio de 2011-2012 condujo a la supresión de diversas sedes judiciales “menores”. En la sentencia n. 237/2013, a juicio del juez remitente, la disposición que suprime las sedes de los tribunales “menores” (que se extrae de un complejo articulado, de conformidad con la Ley n. 148/2011 y el Decreto Legislativo n. 155/2012), se plantearía en contraste con el principio del juez natural, como idónea de desviar a la parte del juez normalmente competente por el territorio, de acuerdo al sentido más riguroso del principio en cuestión.

Sin embargo, la Corte considera infundada la cuestión desde este punto de vista, ya que, por medio de la reorganización territorial de los tribunales, se concretizaría la preconstitución por ley. A su vez, aunque no se encuentra de manera expresa en las consideraciones de la Corte, de la decisión, parece emerger también la necesidad/oportunidad de sopesar una acepción rigurosa de “preconstitución por ley” con la necesidad de una organización más eficiente de las oficinas judiciales.

69

Sobre la relación entre preconstitución del juez y la disciplina de la competencia territorial, siempre es necesario referirse al fallo de desestimación por falta de fundamento contenido en la sentencia n. 117/2012, relativa a la cuestión de constitucionalidad del artículo 3, inciso 1 de la Ley n. 89/2001, en la parte en que –de acuerdo a su interpretación consolidada– se extiende la competencia territorial de la Corte de Apelaciones, de conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, a los casos de indemnización por duración irracional del procedimiento que se llevaron a cabo frente a la Corte de Cuentas (para la cual, el ámbito de competencia territorial es determinado normalmente de acuerdo a criterios diversos).

El juez remitente, de hecho, sostiene que la disposición en cuestión es lesiva del principio del juez natural, por cuanto deroga, sin ninguna justificación real, la competencia territorial normal del juez contable, estableciendo el órgano juzgador a partir de “criterios fijados sobre la base de controversias individuales”. La Corte Constitucional rechaza la cuestión, observando que la disposición impugnada –en la interpretación ahora consolidada como “derecho viviente”– es idónea para determinar de manera objetiva y preventiva los criterios de individualización del juez competente.

Por otro lado, el legislador gozaría de una amplia discrecionalidad en la regulación de la competencia territorial del juez, pudiéndose inspirar en otras exigencias, que también merecen de implementación. Esto es lo que se desprende de la disposición impugnada, por cuanto su objetivo es establecer “una única regla de disciplina de la competencia por el territorio” válida con relación a todos los procesos en los que se denuncia una duración irrazonable, capaz de asegurar una mayor uniformidad jurisprudencial para determinadas controversias.

Como señala la Corte, en apoyo a la disposición impugnada, se han expuesto argumentos adicionales respecto a la imparcialidad e independencia del juez, suficientes para excluir la manifiesta irracionalidad de la decisión del legislador.

La decisión, aunque coherente y aceptable en las conclusiones, vuelve a proponer entre líneas, la lógica de sopesar entre garantía de imparcialidad (que no se encuentra comprometida en este caso) y exigencia de organización (uniformidad) de la justicia, sacando a la luz un perfil polémico, objeto de críticas por parte de Roberto Romboli en la reconstrucción del juez natural. La Corte confirma que prefiere una interpretación “flexible” del principio del juez natural, en lugar de una más “rigurosa”, en cuanto esta última –si bien es más coherente constitucionalmente–, sería menos funcional para una adecuada organización de la justicia [BIONDI, ZANON, 2014, 210].

4. La comparación con el principio de la “Constitución por Ley” del artículo 6 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH

La reconstrucción global del principio del juez natural de Roberto Romboli está concentrada en un análisis cuidadoso del precepto constitucional, dirigido a examinar cada posible aspecto que se relacione con su impacto sobre el ordenamiento.

Un aspecto diferente, sin embargo, parece quedar en la sombra en esta reconstrucción global. Se trata de la comparación entre la garantía del artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana y la disposición aparentemente homóloga del artículo 6, numeral 1 del CEDH, que establece: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída ... por un

Tribunal independiente e imparcial, establecido por Ley”. Las razones que pueden justificar esta situación son diversas. En primer lugar, la obra –que se remonta a principios de los años ochenta, pero fruto de las reflexiones maduras de fines de los años setenta–, es hija de una época en la cual todavía no tenía amplia difusión el concepto de tutela multinivel de los derechos, por lo que el derecho convencional supranacional –además de estar en una fase embrionaria de efectividad en el sistema ordinario estatal– era todavía una materia de la cual se ocupaban principalmente los estudiosos del derecho internacional.

En segundo lugar, la elección parece acorde con el enfoque del trabajo, centrado sobre todo, en la relación existente entre la organización de la justicia y la garantía de imparcialidad del juez, un aspecto que parece escapar a la disposición convencional.

Y, finalmente, la opción escogida por el autor, puede ser argumentada en razón a una especie de “absorción” de la disposición convencional en la disposición constitucional. Como se verá en breve, de hecho, la garantía del artículo 6 CEDH no es totalmente satisfactoria con respecto a la garantía constitucional; al contrario, los requisitos de compatibilidad con los principios propios de ordenamientos jurídicos diversos, hacen leer la expresión “constituido por ley” como un criterio de elaboración normativa basado en el “mínimo común denominador”; en lugar de la “maximizar la garantía”, razón por la cual, el precepto puede resultar restrictiva para los ordenamientos como el italiano –que ya proveen una garantía constitucional “fuerte” de la preconstitución por ley.

Desde el punto de vista semántico, los términos usados por la Convención y la Constitución parecen referirse a una garantía diversa. Mientras que la Constitución habla de “juez preestablecido por ley”, la Convención se refiere a “tribunal establecido por ley”. A primera vista, parece que la norma convencional tiene un alcance más limitado que la norma constitucional, coincidiendo con lo que Romboli ha definido como “norma formal” del principio del juez natural. Por su parte, no parece que el CEDH haga alusión expresa al perfil “sustancial” que impone también el carácter irretroactivo de la ley que dispone el preestablecimiento del juez. Incluso, si quisiéramos extraer este segundo significado por vía interpretativa, no

deja de ser relevante la circunstancia que durante los trabajos preparatorios, el representante de Italia haya evidenciado que la formulación, tal y como estaba, no especificaba que los tribunales debían ser constituidos antes de la ocurrencia de los hechos –aunque, se refería, de manera limitada, solo a la materia penal. [CHENAL, TAMIETTI, 2013, 220].

El hecho que el CEDH deba aplicarse en un gran número de Estados, cuyos ordenamientos a menudo son fruto de tradiciones jurídicas diversas (piénsese en las diferencias entre los sistemas de *common law* y *civil law*), además de caracterizarse por diferentes sistemas de organización del poder judicial, ha impuesto la máxima flexibilidad en la reconstrucción de los alcances de los términos usados en la Convención. Es en este sentido que se explican las nociones de “tribunal” y “ley”, a las que normalmente se refiere la Tribunal de Estrasburgo en su jurisprudencia.

La Convención, de hecho, no puede obligar a los Estados a ajustarse a un determinado modelo de ordenamiento del sistema judicial, por lo cual, el término “tribunal” debe ser entendido de manera amplia, incluyendo no solo los órganos jurisdiccionales en sentido tradicional del país, sino también, otros sujetos que a lo sumo ejercen una función materialmente jurisdiccional. Asimismo, con el término “ley”, la Convención no se refiere a una específica tipología de “fuente-acto” de ley emanada del Parlamento, sino que debe entenderse en un sentido más genérico de “derecho”, siendo suficiente para fines de su garantía, que genere condiciones específicas de accesibilidad y previsibilidad para los sujetos interesados. De otra parte, es así que el TEDH ha “salvado” la legitimidad de los “jueces de *autodichia*”⁹ del Parlamento italiano, sujetos que presentaron (y presentan), numerosos perfiles de dudosa legitimidad, tanto constitucional como convencionalmente. [Tribunal EDH, 28 aprile 2009, *Savino c. Italia*].

9 Los tribunales de “*autodichia*” son jueces especiales establecidos en cada órgano constitucional italiano: la Cámara de Diputados, el Senado de la República, el Presidente de la República y la Corte Constitucional. Estos jueces tienen jurisdicción exclusiva para los conflictos relacionados con el trabajo y la seguridad social de los empleados de los órganos. No están regulados por la Constitución, sino únicamente por los Reglamentos parlamentarios y por los Reglamentos de los demás órganos constitucionales.

La garantía del juez establecido por ley se extiende, según la jurisprudencia del TEDH, no solo a las disposiciones que se refieren a la institución y a la competencia de los órganos judiciales, sino también, a las disposiciones internas que puedan generar la irregularidad de la participación de uno o más miembros del órgano encargado de decidir un caso. La evaluación de la conformidad puede ser realizada también, a la luz de los criterios de asignación de los casos y de la competencia de los órganos establecidos por el derecho interno. [Tribunal EDH, 5 ottobre 2010, *DMD Group c. Eslovaquia*; e, di recente, Tribunal EDH, 12 aprile 2018, *Chim y Przywieczerski c. Polonia*].

Sin embargo, en este último sentido, se ha encontrado una actitud de “self-restraint” por parte de TEDH, la cual ha considerado, que podía intervenir para aceptar la violación del artículo 6 CEDH, cuando en la constitución de un tribunal no se han observado las disposiciones para tal fin, previstas en la legislación interna, pero su intervención debe limitarse a los casos de violación flagrante, correspondiendo en primer lugar, a la autoridad interna, constatar las eventuales violaciones de la norma sobre la competencia que afectan la capacidad del juez. [Tribunal EDH, 20 gennaio 2005, *Rainer c. Italia*].

73

Si el objetivo principal de la disposición convencional parece ser el de reducir al mínimo las hipótesis de elección discrecional, implementadas por sujetos diferentes al Parlamento, sobre todo, los órganos del poder ejecutivo o la misma autoridad judicial, se puede observar cómo el principio se considera garantizado, incluso cuando la ley se limitaba a prever los criterios que requerían la intermediación discrecional para su implementación por parte de la autoridad judicial. [Tribunal EDH, 22 giugno 2000, *Coëme c. Bélgica*]. Se trata, de una posición no muy distinta de la adoptada por la Corte Constitucional en las circunstancias en las cuales ha reconocido un cierto margen de “discrecionalidad” de actuación por parte de la autoridad judicial, en presencia de criterios predeterminados por la ley, de manera no siempre “objetiva”. Aspecto que ya ha sido objeto de críticas en el pasado por parte de Roberto Romboli. [ROMBOLI, 1981, 175].

Los datos que se pueden extraer de esta sumaria alusión de algunos de los aspectos esenciales de la posición del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos sobre el “preestablecimiento del juez por ley”, llevan a concluir que la mencionada garantía no es idónea para determinar una “maximización” de la garantía del artículo 25, inciso 1 de la Constitución italiana, que en otros aspectos, parece ser más rigurosa. No faltan, de hecho, casos en los cuales, el Tribunal EDH se ha alineado a la posición de las cortes nacionales, señalando que ciertas violaciones de las normas sobre competencia, son meras contravenciones a criterios organizativos, que no afectan la capacidad del juez. [Tribunal EDH, 12 febbraio 2004, *Paviglianiti y otros c. Italia*].

5. El sentido actual de naturalidad y preconstitución, en relación con el modelo vigente de ordenamiento judicial

El análisis de la jurisprudencia constitucional más reciente ha confirmado el escaso interés sobre el principio del juez natural, con interpretaciones a menudo reduccionistas del principio, o en todo caso, reconociendo prevalencia a otras exigencias de naturaleza diversa, como aquellas relativas a una más eficiente organización de las oficinas judiciales. Esta orientación está en consonancia con la mayor parte de las decisiones más antiguas sobre la materia, razón por la cual la reconstrucción realizada por Roberto Romboli –inspirada en la más rigurosa observancia de criterios de naturaleza objetiva en la asignación de controversias al juez, en grado de reducir al mínimo (si no es, a eliminar), cada posibilidad discrecional valorativa de parte de sujetos diversos al legislador– conserva intacta su actualidad.

En conclusión, es necesario pasar de los dos perfiles referentes a los contenidos del principio del juez natural –como derecho de las partes y como criterio organizativo–, a un tercer factor, más general, relativo al impacto que el principio tiene sobre el modelo de ordenamiento judicial, conformado a lo largo del tiempo, sobre todo tras la entrada en vigor de la Constitución.

La idea de que el principio del juez natural está íntimamente ligada a la función del juez, se encuentra arraigada en la doctrina, ya que tiene como objetivo proteger su competencia frente a eventuales injerencias de carácter político. En otras palabras, el principio del juez natural, representa uno de los instrumentos de naturaleza sustancial que contribuyen

a reforzar la independencia interna del juez [BARTOLE, 1989, 2], protegiéndola también de las interferencias “organizativas” de los jefes de los oficinas judiciales, que a veces actúan en conexión con los órganos del ejecutivo. [PIZZORUSSO, 1982, 32]. Por tanto, es inevitable que esta “abstracta idoneidad” se exprese con mayor o menor eficacia, precisamente, en relación al “modo” en que se entiende el principio del juez natural.

La mayor dificultad que gira en torno a una plena realización del principio del juez natural, se deriva de la compleja dicotomía entre la existencia de un pluralismo interno en la magistratura, fruto de una actividad interpretativa, que no está predeterminada en los resultados y en la base de una real independencia interna de la magistratura, y la necesidad de materializar otros principios constitucionalmente relevantes, como el de la seguridad jurídica y el buen funcionamiento de la justicia. Entonces, debemos preguntarnos sobre las vías que permitan realizar estos principios, sin afectar el preestablecimiento del juez, y por tanto, su independencia.

Como ha quedado puesto de manifiesto, la seguridad jurídica es un objetivo que se persigue a través del correcto uso de los criterios interpretativos, que tengan en cuenta la importante función clarificadora que realizan las Secciones Unidas de la Casación, a través de la propia actividad nomofiláctica. [ROMBOLI, 1992, 3285]. No puede perseguirse este fin, al contrario, a través de intentos de “normalizar” la actividad interpretativa del juez, atribuyendo quizás a los jefes de las oficinas judiciales, amplios poderes discrecionales en la asignación de los casos, predeterminados, no solo con el propósito de mejorar la organización, sino de vinculación interpretativa. Se puede decir que el tema de la independencia interna se ha convertido en “la principal prueba de implementación del principio constitucional de la independencia del juez, y los temas en torno a los cuales se ha desarrollado en mayor medida el debate son (precisamente) los relativos a la responsabilidad disciplinaria, a la organización de los tribunales”. [PIZZORUSSO, 1982, 32].

Solo la primera de las dos soluciones expuestas previamente, se ajustaría de acuerdo con Roberto Romboli, al modelo de un sistema judicial que se rige por los principios constitucionales, y particularmente, por el principio de la independencia interna. También, por esta razón,

son evaluadas con sospecha, todas las soluciones que tienden a brindar una lectura del principio del juez natural, limitada a la garantía de individualización del órgano jurisdiccional competente, sin tener en cuenta la composición del órgano de manera específica.

Entendido del modo más amplio posible, el principio en cuestión, contribuye a la conformación de una magistratura realmente independiente y no jerarquizada, con el juez libre de cualquier relación de dependencia del supuesto nivel “superior”, respecto del cual, se diferencia solo por la función, y al cual, puede ver subordinadas sus decisiones, solo en virtud de los criterios que regulan el sistema de impugnaciones o recursos. Independencia, que, con mayor razón, debe reflejarse en la imposibilidad de trasladar las lógicas jerárquicas típicas de los órganos administrativos al nivel de competencias judiciales, con nuevas y adicionales limitaciones del juez-persona respecto al jefe de la oficina judicial.

En un sistema que tiende a valorizar al máximo la posición del juez como “*monade a sé stante*” [PIZZORUSSO, 1982, 29], pueden coexistir, sin entrar en conflicto, el pluralismo ideológico y la seguridad jurídica; en él, el objetivo primario de la función jurisdiccional, será realmente el de hacer justicia en el caso en concreto, sin que decisiones de naturaleza puramente administrativa puedan, en cualquier modo, condicionar la actividad del *ius dicere*.



Bibliografia

1. BARTOLE S. (1989). “Giudice. I) Teoria generale”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Istituto dell’enciclopedia italiana. Roma.
2. BIONDI F., ZANON N. (2014). *Il sistema costituzionale della magistratura*. Zanichelli. Bologna.
3. BISCARETTI di RUFFIA P. (1950). *Diritto costituzionale*. II, Jovene. Napoli.
4. CHENAL R., TAMIETTI A. (2013). “Commento all’art. 6 CEDU”, en Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (cur.). *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*. CEDAM. Padova, 181 ss.
5. CORDERO F. (1976), *Procedura penale*. Giuffrè. Milano.

6. FOSCHINI G. (1963), “Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della Corte”, en *Foro italiano*, II, 168 ss.
7. GIALUZ M. (2008). “Commento all’art. 25 Cost., comma 1”, en Bartole S., Bin R. (cur.). *Commentario breve alla Costituzione*. CEDAM. Padova, 245 ss.
8. JEMOLO A.C. (1951). “Sugli asseriti riflessi costituzionali della ricusazione”, en *Giurisprudenza italiana*, I, 640 ss.
9. NOBILI M. (1981). “Rapporti civili. Sub art. 25 della Costituzione”, en Branca G. (dir.), *Commentario alla Costituzione*. Zanichelli-II Foro italiano. Bologna-Roma, 135 ss.
10. PIZZORUSSO A. (1970). “Sul significato dell’espressione «giudice» nell’art. 25, comma 1, della Costituzione, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1067 ss.
11. PIZZORUSSO A. (1975). “Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale”, en *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1 ss.
12. PIZZORUSSO A. (1982). *L’organizzazione della giustizia in Italia*. Einaudi. Torino. Reimpresso en Pizzorusso A. (2019). *L’Ordinamento giudiziario*. Editoriale scientifica. Napoli.
13. ROMBOLI R. (1975). “Il principio del giudice naturale tra “esigenze di servizio” e “tribunale più vicino”: una sentenza specificativa o un’interpretazione riduttiva?”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 3142 ss.
14. ROMBOLI R. (1976). “Composizione del giudice e principi costituzionali”, in *Foro italiano*, IV, 269 ss.
15. ROMBOLI R. (1980). “Tortuosi itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di giudice naturale”, en *Foro italiano*, I, 2961 ss.
16. ROMBOLI R. (1981). *Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell’ordinamento costituzionale italiano*. Giuffrè. Milano.
17. ROMBOLI R. (1982). “Giudice naturale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice III, UTET, Torino, 966 ss.
18. ROMBOLI R. (1986). “La azionabilità del diritto al giudice naturale”, en *Studi in onore di V. Palazzolo*. Giuffrè. Milano, 734 ss.
19. ROMBOLI R. (1992). “Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 3268 ss.
20. ROMBOLI R. (1993). “Precostituzione del giudice e limiti al potere di scelta ad opera della parte di fronte ad una Corte costituzionale incredibilmente distratta”, en *Foro italiano*, I, 2992 ss.
21. ROMBOLI R. (1997). “Competenza territoriale e precostituzione del giudice: una giurisprudenza costituzionale consolidata... per distrazione (della corte)?”, en *Foro italiano*, I, 1020 ss.

22. ROMBOLI R. (1998). “Giudice naturale”, en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento II, Giuffrè, Milano, 365 ss.
23. ROMBOLI R. (2005). *El juez preconstituido por ley*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
24. ROMBOLI R. (2009), “Il giudice precostituito per legge fra diritto del cittadino e tutela dell’indipendenza interna della magistratura”, en *Foro italiano*, V, 110 ss.
25. SILVESTRI G. (1997). *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*. Giappichelli. Torino.

Il ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia (a trent'anni dalla fondazione del *Gruppo di Pisa*)*

✍ TANIA GROPPI**

1. Una nuova “stagione” della giustizia costituzionale in Italia

A trent'anni dalla fondazione del *Gruppo di Pisa*, ovvero di quel gruppo di studiosi riuniti per iniziativa di Roberto Romboli e altri colleghi pisani che, sotto la guida attenta del professor Alessandro Pizzorusso, ha contribuito a rifondare gli studi sulla giustizia costituzionale in Italia agli inizi degli anni Novanta, portando l'attenzione sul processo costituzionale¹, appare evidente che siamo oggi in una “stagione” del tutto diversa nella storia della Corte costituzionale italiana².

79

* Questo testo, dedicato al professor Roberto Romboli, riprende considerazioni che avevo presentato nella mia relazione nel convegno su: “Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni”, 13 novembre 2020, il cui testo è stato pubblicato sulla rivista online *Federalismi* n. 3/2021.

** Professoressa ordinaria di diritto pubblico, Università di Siena.

1 Gli atti dell'incontro fondativo del *Gruppo di Pisa* sono raccolti in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Giappichelli, Torino, 1991. Per una breve storia del gruppo, riletta a trent'anni di distanza, si veda R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Giappichelli, Torino, 2020, IX ss. Uno dei principali contributi del *Gruppo di Pisa*, e in particolar modo degli studiosi pisani riuniti intorno al professor Romboli è stata proprio la collana degli “Aggiornamenti in tema di processo costituzionale”, giunti al decimo volume, che hanno per la prima volta contribuito a un esame sistematico della giurisprudenza costituzionale nella prospettiva del processo costituzionale.

2 Sulla questione della periodizzazione dell'attività della Corte, assai problematica, rinvio a D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 13 ss. e ancor prima a E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Il mulino, Bologna, 1996,

Ciò risalta ancor più a chi, come me, si è avvicinata al tema della giustizia costituzionale, da giovane ricercatrice, proprio grazie all'incontro col *Gruppo di Pisa* e col professor Romboli. Per portare una esperienza personale, essendomi trovata allora a lavorare nel Palazzo della Consulta come assistente di studio (1993-2001), direi che l'interrogativo che si ponevano i giudici costituzionali in quell'epoca, con il quale essi entravano in camera di consiglio, era: "Come ne usciamo?", ovvero come ne usciamo senza decidere? Come ne usciamo senza esporci, senza prendere posizione? La soluzione, ci tornerò tra un attimo, è stata in molti casi (quando non ci si sia spinti a una lettura dei requisiti di ammissibilità delle questioni tanto stretta da trasmodare in una "denegata giustizia costituzionale"), la "delega" ai giudici comuni di una parte sempre più significativa del controllo di costituzionalità³. Quel che contava, allora, per la Corte, era soprattutto tenersi fuori da acque perigliose, stare al riparo, fintanto che fosse ragionevolmente possibile⁴.

Ebbene, mi pare che oggi sia un'altra la preoccupazione che guida i giudici costituzionali, e un'altra la domanda che li accompagna in camera di consiglio, ovvero: "Come ci entriamo?", nel senso di come *possiamo* entrarci, come *possiamo* decidere, evitando che la questione resti irrisolta, che permanga una zona franca sottratta alle garanzie del *rule of law* costituzionale? E, in definitiva, come possiamo svolgere la nostra funzione, ovvero "rendere giustizia costituzionale"?⁵ Sembra che la Corte abbia

3 Avevo approfondito questo tema in alcuni articoli di quel periodo. Ne segnalo soprattutto due, che mi sembrano di particolare rilievo per il tema qui affrontato: T. GROPPi, *Verso una giustizia costituzionale 'mite'? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana*, in *Politica del diritto*, n. 2/2002, 217 ss.; T. GROPPi, *Corte costituzionale e principio di effettività*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2004, 189 ss.

4 V. la testimonianza di S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2015, 88, che si sofferma anche in altri punti del volume su questa fase della storia della Corte, evidenziando criticamente che, con l'uso disinvolto delle pronunce di inammissibilità, la Corte si è fatta "garante innanzitutto di se stessa", piuttosto che della Costituzione.

5 Con le parole di G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, n. 3/2020. V. già Id., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino 1998, 979.

accantonato i precedenti timori, e sia pronta, anzi, direi, desiderosa, di immergersi pienamente nella complessità del nostro tempo⁶.

Il mutato atteggiamento della Corte ha avuto profonde ripercussioni sull'intero assetto del sistema italiano di giustizia costituzionale. Questo lavoro è dedicato ad esaminare alcune di queste ripercussioni, in particolare la relazione tra la Corte e i giudici comuni nella fase della esecuzione delle sentenze.

Per comprendere come sia possibile che un diverso “atteggiamento” della Corte incida così profondamente sul sistema di giustizia costituzionale, è necessario tenere in considerazione alcune caratteristiche del modello “normativo” della giustizia costituzionale italiana, delineato a cavallo degli anni Quaranta e Cinquanta del XX secolo dal costituente e dal legislatore e rimasto pressoché immutato attraverso i decenni, senza che siano intervenuti, cioè, aggiornamenti normativi.

Si tratta di un sistema di giustizia costituzionale che diversi elementi (le porte strette dell'accesso al giudizio sulle leggi, l'oggetto circoscritto, la ridotta tipologia di decisioni e, più in generale, le competenze della Corte che si contano sulle dita di una mano)⁷ contribuiscono a collocare in una posizione *sui generis* nel panorama comparato, posizione che è venuta accentuandosi via via che i sistemi di giustizia costituzionale sono andati diventando più complessi e articolati, di pari passo con la grande diffusione dell'istituto, nelle ondate di democratizzazione post-1989. Comparativamente, potremmo definire quello italiano come un sistema all'insegna della “parchitudine”.

6 Su questa giurisprudenza, si veda il già citato volume di R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., *passim*.

7 In questo senso, V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2015, 49. Per una panoramica sulle principali caratteristiche del sistema italiano, v. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018.

di adottare proprie autonome norme processuali, nonché con una giurisprudenza assai creativa, specialmente per quel che riguarda la tipologia e gli effetti delle decisioni. Tale esigenza è nata da una costante difficoltà nel rapportarsi col legislatore e dalla necessità di ovviare alla sua inerzia, che attraversa i decenni come un filo rosso, a prescindere dai mutamenti del sistema politico. In altri termini, mentre il rapporto con i giudici comuni (all'inizio, come è noto, assai difficile) ha visto un deciso cambiamento a partire dalla fine degli anni Sessanta, in conseguenza di una evoluzione culturale e di un rinnovamento generazionale nella magistratura, lo stesso non può dirsi di quello con il legislatore. Da qui la necessità per la Corte di "inventarsi", ben oltre lo scarno dettato delle regole, soluzioni per fronteggiarne la latitanza, cercando strumenti che consentano alle decisioni di incostituzionalità di produrre effetti autonomamente, senza allo stesso tempo sostituirsi *in toto* al legislatore.

Il risultato di questi due moti (rapporto collaborativo con i giudici comuni e difficile dialettica con il legislatore), unitamente a una più recente tendenza al dialogo con le giurisdizioni sovranazionali, ha contribuito a forgiare un sistema di giustizia costituzionale la cui principale caratteristica è stata individuata nella relazionalità⁸.

2. Ri-accentramento o ri-centralizzazione?

Se è unanime la considerazione da parte dei commentatori –ben fotografata dal più recente volume degli "Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-1019)", curati dal professor Romboli– che siamo di fronte a un "riposizionamento" della Corte nella direzione di un rinnovato "*self-empowerment*", occorrono però alcune precisazioni, che implicano qualche riflessione sui termini utilizzati per descriverlo.

Infatti, benché a volte si faccia riferimento alle "spinte centripete"⁹, o si sia addirittura parlato (incorporando un evidente giudizio di

8 V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., specie 231 ss.

9 Così già B. CARAVITA, Roma locuta, causa finita? *Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, in

dis-valore), di “suprematismo”¹⁰, tale processo è frequentemente qualificato come “ri-accentramento”¹¹.

La parola “accentramento” (così come “ri-accentramento”) evoca però immediatamente, per lo studioso di giustizia costituzionale, un ben preciso scenario. Come è noto, la coppia “accentrato/diffuso” (o “accentramento/diffusione”) si riferisce alla classica modellistica della giustizia costituzionale comparata: in un sistema accentrato le leggi possono essere dichiarate illegittime solo dall’organo a ciò deputato, di solito un Tribunale costituzionale specializzato.

Nell’ordinamento italiano, essa designa la frontiera tra Corte costituzionale e giudici comuni nello svolgimento del controllo di costituzionalità. Una frontiera definita in modo assai scarno dalle norme costituzionali, sulla base della tipologia di fonti oggetto del giudizio, secondo la *summa divisio* fonti primarie/fonti secondarie, riassumibile con la formula di origine tedesca del “privilegio del legislatore”.

Una frontiera che oggi ci suona ingenuo definire “naturale”, come poteva fare, nel discorso pronunciato in occasione della prima udienza della Corte, il lontano 23 aprile 1956, il Presidente De Nicola, quando parlava della “Corte, vestale della Costituzione; la magistratura, vestale della legge”¹². In realtà, come tutti sappiamo, si tratta di una frontiera mobile, che ha dato luogo a processi di “accentramento-diffusione” gestiti dalla Corte stessa, e misurati sulla base del *quantum* di controllo svolto dalla Corte costituzionale e del *quantum* invece affidato, in via residuale, ai giudici comuni. Lo snodo è stato costituito da quello che è stato

Federalismi.it, n. 15/2018; v. anche C. Padula, *Le spinte centripete nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, n. 3/2020.

10 In questo senso il polemico intervento di A. MORRONE. *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 251 ss.

11 Oltre al volume di Diletta Tega, già citatosi, si veda anche il seminario del 25 ottobre 2019 del *Gruppo di Pisa*, su “Il sistema ‘accentrato’ di costituzionalità”, i cui atti sono ora pubblicati nel volume G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

12 Ora disponibile all’indirizzo web: <https://www.giurcost.org/cronache/denicola.pdf>.

definito “il luogo in cui le acque si mescolano”¹³, cioè l’interpretazione della legge, e il momento privilegiato, quello della verifica della non manifesta infondatezza, elemento di “diffusione” insito nel modello normativo della giustizia costituzionale italiana.

Può essere di qualche interesse verificare in che senso la Corte costituzionale usa il termine “accentrato”, a partire da una ricerca condotta sul testo delle sue pronunce¹⁴.

Da essa risulta che la parola compare in 51 decisioni. Nella maggioranza dei casi siamo di fronte a questioni di diritto regionale, che richiamano la diversa diade “accentramento/decentramento” riguardo alle competenze degli enti territoriali e sono quindi sprovviste di rilievo ai nostri fini. Soltanto 14 decisioni si riferiscono ai caratteri del sindacato di legittimità e, tra esse, solo 9 lo fanno nella parte in diritto¹⁵. Si tratta, con un’unica eccezione¹⁶, di pronunce recenti, tutte posteriori al 2012¹⁷. Tro-

13 Così A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant’anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2016, 153.

14 Ho condotto questa ricerca, il 10 novembre 2020, sia sulla banca dati giurcost.org che su quella della Corte costituzionale, utilizzando la parola “accentr*” e ottenendo risultati coincidenti. Non ho svolto la ricerca sull’utilizzo del termine “diffuso”, che risulta assai più complessa per le molteplici occorrenze, ma che sarebbe altrettanto interessante. Si veda ad es. la sentenza n. 269/2017, sulla quale ritornerò tra poco nel testo: riguardo all’antinomia tra norma primaria interna e diritti garantiti tanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che dalla Costituzione, si rileva che in tali casi “la non applicazione trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile *sindacato diffuso* di costituzionalità della legge” (corsivo mio).

15 L’espressione compare, nella parte in fatto, nell’ordinanza n. 371/2010 e nelle sentenze nn. 176/1981, 35/2010, 269/2015, 179/2017.

16 Si tratta della sentenza n. 103/1979, ove si afferma che “la questione così come prospettata è irrilevante perché non l’art. 700 [c.p.c.] (venuto alla luce in un contesto normativo, che annoverava sporadico esempio di leggi sopraordinate e, comunque, ignorava il *controllo accentrato di costituzionalità delle stesse*) ma gli artt. 23 e 24 legge 11 marzo 1953, n. 87, che regolano il rilievo incidentale delle questioni di legittimità costituzionale, potrebbero frapporre ostacolo alla delibazione di tali questioni ad opera del giudice, chiamato a provvedere su istanza di provvedimenti d’urgenza” (corsivo mio).

17 La sentenza n. 120/2012 contiene un fugace riferimento, laddove, nel rigettare una eccezione di inammissibilità, la Corte rileva che “il giudice rimettente ha interpretato correttamente l’istanza dei lavoratori nel senso di voler rimettere a questa Corte, *secondo il sistema di controllo accentrato* previsto dall’ordinamento giuridico italiano, il giudizio di legittimità costituzionale della norma in esame” (corsivo mio).

viamo qui alcune delle “grandi decisioni” di questi anni sul rapporto tra fonti interne e fonti europee e internazionali (nn. 238/2014, 187/2016, 269/2017, 20/2019); due sentenze sul controllo di costituzionalità delle fonti secondarie (nn. 200/2018; 149/2019); una sentenza sulle presunzioni assolute in materia penale (n. 191/2020).

Emerge da tali decisioni che il termine “accentrato” è utilizzato per demarcare la linea di confine tra Corte costituzionale e giudici comuni, in un quadro nel quale, sullo sfondo, fanno capolino le Corti europee. Così, la Corte sostiene –nella cruciale sentenza con cui si è “riposizionata” rispetto alla Corte di giustizia e ai giudici comuni nel caso di “doppia pregiudizialità” quando venga invocata a parametro la Carta europea dei diritti fondamentali– che “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, *anche* in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)” (sentenza n. 269/2017; corsivo mio). Affermazione puntualmente ripresa nella sentenza n. 20/2019, dove però la parola “anche” scompare e la Corte precisa che, qualora una legge sia oggetto di dubbi sia sotto il profilo della sua compatibilità con la Costituzione che della sua compatibilità con la Carta, “va preservata l’opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”.

Nello stesso senso va l’ampia ricostruzione contenuta nella sentenza n. 238/2014, nella quale la Corte fa scattare il limite dei principi supremi per dichiarare l’illegittimità di una norma internazionale consuetudinaria, affermando che “in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali”¹⁸.

18 Ecco l’intero passaggio della sentenza n. 238/2014: “In un *sistema accentrato di controllo di costituzionalità*, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme

In altri casi, il riferimento alla frontiera con i giudici comuni è ancora più evidente, come quando si tratta di definire a chi spetti il sindacato sui regolamenti governativi, sia per sostenere la competenza della Corte (sentenza n. 200/2018)¹⁹, sia per negarla (sentenza n. 149/2019)²⁰. Oppure laddove si esclude che il giudice comune possa in via interpretativa estendere a una diversa fattispecie la *ratio decidendi* di una precedente sentenza di illegittimità costituzionale (sentenza n. 192/2020)²¹.

consuetudinarie internazionali. Vero è, infatti, che la competenza di questa Corte è determinata dal contrasto di una norma con una norma costituzionale e, ovviamente, con un principio fondamentale dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero con un principio posto a tutela di un diritto inviolabile della persona, contrasto la cui valutazione non può competere ad altro giudice che al giudice costituzionale. Ogni soluzione diversa si scontra –*nel sistema accentratissimo di controllo*– con la competenza riservata dalla Costituzione a questa Corte, restando scolpito nella sua giurisprudenza, fin dal primo passo, che «La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte costituzionale in conformità dell'art. 136 della stessa Costituzione» (sentenza n. 1 del 1956). Anche di recente, poi, questa Corte ha ribadito che la verifica di compatibilità con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e di tutela dei diritti umani è di sua esclusiva competenza (sentenza n. 284 del 2007); ed ancora, precisamente con riguardo al diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), che il rispetto dei diritti fondamentali, così come l'attuazione di principi inderogabili, è assicurato dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale (sentenza n. 120 del 2014)” (corsivi miei).

- 19 Anche qui, riporto l'intero passaggio della sentenza n. 200/2018: “Tale natura subprimaria della disciplina posta dal regolamento citato potrebbe far dubitare dell'ammissibilità delle questioni sollevate dal giudice rimettente, in quanto verrebbe in rilievo il *limite del sindacato accentratissimo di costituzionalità* posto dall'art. 134 Cost. Questa Corte ha, infatti, già avuto modo di chiarire che la propria giurisdizione è limitata alla cognizione dell'illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge e non si estende a norme di natura regolamentare, neppure ai regolamenti di delegificazione (sentenza n. 427 del 2000; ordinanze n. 254 del 2016, n. 156 del 2013, n. 37 del 2007, n. 401 e n. 125 del 2006, e n. 389 del 2004). Il sindacato di costituzionalità della normativa subprimaria è rimesso alla cognizione del giudice comune” (corsivo mio).
- 20 V. la sentenza n. 149/2019: “In via preliminare, va osservato che la fattispecie relativa ai soggetti in questione non appare compiutamente inquadrabile entro le coordinate normative generalmente vigenti in tema di permessi di soggiorno. Tali coordinate sono tratteggiate nell'art. 11, comma 1, lettera c), del d.P.R. n. 394 del 1999 (Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286), peraltro fonte di natura regolamentare e perciò *sottratta al controllo accentratissimo di legittimità costituzionale*” (corsivo mio).
- 21 La Corte sostiene che “l'univoco tenore della disposizione sottoposta al suo esame non consentisse al giudice comune di estendere direttamente ad altre fattispecie di reato la *ratio decidendi* di sentenze di illegittimità costituzionale riferite a singole e ben determinate fattispecie ... dovendosi a tal fine ritenersi imprescindibile –nella logica, voluta dal

In definitiva, benché si tratti di poche occorrenze, emerge chiaramente la correlazione tra l'utilizzo dell'espressione e la volontà della Corte di ribadire, nella giurisprudenza degli ultimi anni, il carattere accentrato del sistema italiano di giustizia costituzionale.

Viceversa, nella più recente dottrina il termine “ri-accentramento” è utilizzato per indicare il “rimettersi al centro” della Corte, sulla base della diade “accentramento/marginalizzazione”, ricomprendendovi, oltre al rapporto con i giudici comuni, anche il riposizionamento della Corte rispetto ad altri soggetti, come il legislatore e le Corti europee. In tale prospettiva viene in rilievo tutta quella congerie di impedimenti, in gran parte di origine giurisprudenziale, in quanto radicati nei precedenti, che possono limitare o precludere il controllo di costituzionalità, e intorno ai quali la Corte si interroga quando si chiede “Come ci entriamo?": così, ad esempio, le nozioni di giudice e di giudizio, di rilevanza, di discrezionalità del legislatore, di *interna corporis* e, nel giudizio in via principale, di ridondanza.

87

Si tratta di due scenari che, seppure collegati –la valorizzazione del sistema accentrato (in senso stretto) rappresentando una delle vie per il ri-accentramento (in senso lato)– debbono essere mantenuti distinti, come ha ben messo in evidenza Roberto Romboli²². Anzi, mi spingerei oltre, suggerendo di limitare l'utilizzo della parola “accentramento” (e “ri-accentramento”), così come fa la Corte stessa, al primo fenomeno, qualificando invece il secondo, e più ampio, processo come “ri-centralizzazione”.

Con questa precisazione, nelle pagine che seguono mi soffermerò sul *ri-accentramento*. Infatti, riflettere sulle recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni significa chiedersi –riprendendo

legislatore costituente, del *sindacato accentrato di legittimità costituzionale*– l'intervento di questa Corte” (sentenza 191/2020, corsivo mio).

22 R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020. V. anche Id., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., specie 32 ss.

il titolo di un volume di qualche anno fa— “dove va il sistema accentrato italiano di giustizia costituzionale”²³. Per rispondere a questa domanda, occorre prima di tutto richiamare e cercare di comprendere quel che era accaduto nella fase immediatamente precedente.

3. Gli anni Novanta: la diffusione della giustizia costituzionale

Il sistema italiano di giustizia costituzionale, partito dalla sfida al potere giudiziario (rappresentato dalla Corte di cassazione) con la sentenza n. 1/1956, posta a presidio esattamente del carattere accentrato²⁴, si è evoluto verso un sistema che è stato definito “accentrato-collaborativo”²⁵, nel quale i giudici comuni da “portieri” della Corte costituzionale nella fase ascendente si sono trasformati, anche grazie all’impulso di essa, nei suoi più stretti collaboratori in quella discendente.

Chiamata a muoversi in un contesto politico che, benché non del tutto avverso, è stato fin dall’inizio poco favorevole (per l’inerzia del legislatore, che fortunatamente non è quasi mai trasmodata in ostilità), la Corte ha dovuto dare prova di grande creatività per poter svolgere la sua missione.

A ciò si è sommata una debolezza istituzionale (qui rileva soprattutto la disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, *erga omnes* e retroattivi sulla base del dettato dell’art. 136 Cost. e dell’art. 30 della legge n. 87/1953, senza che sia esplicitamente riconosciuta alla Corte la possibilità di disporre degli effetti temporali), che l’ha spinta —stretta tra il timore dell’*horror vacui*²⁶ e quello di invadere la sfera del legislatore— a cercare strumenti per ridurre l’impatto sull’ordinamento delle proprie decisioni di accoglimento.

23 L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.

24 A. VON BOGDANDY, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, 10.

25 E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, ESI, Napoli, 2011, 1843 ss.

26 R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore*, Giuffrè, Milano, 2007.

L'esigenza di minimizzare gli effetti delle decisioni si è fatta sentire particolarmente negli anni Novanta, sotto l'azione di vari e molteplici fattori: la Corte, a seguito dello smaltimento dell'arretrato, che fino agli anni Ottanta aveva rallentato i tempi del suo intervento, si è trovata a pronunciarsi su leggi recenti, approvate da maggioranze politiche ancora esistenti; inoltre, con l'allontanarsi dal momento costituente, e con la scomparsa, nel crollo della c.d. "Prima Repubblica" delle stesse forze costituenti, si è indebolito il parametro costituzionale, principale fonte di legittimazione della Corte; la necessità di rispettare i parametri economico-finanziari imposti dall'Unione europea, poi, ha reso quasi indisponibile la spesa pubblica e assai difficoltosa la tutela dei diritti di prestazione²⁷.

Questi fattori hanno spinto la Corte a delegare una parte crescente dei suoi compiti ai giudici comuni —con la conseguente accentuazione dei tratti di diffusione del sistema italiano di giustizia costituzionale²⁸— principalmente facendo ricorso a due tecniche decisorie: l'*obbligo* di interpretazione conforme (pena la inammissibilità della questione) e le sentenze additive di principio.

Benché, come sempre, si tratti di processi che si sviluppano nel tempo, volendo individuare un simbolico punto di svolta si può citare la sentenza n. 356/1996, con la quale l'interpretazione conforme a Costituzione perde il carattere di volontarietà e assume carattere obbligatorio²⁹, diventando un "criterio onnivoro", rispetto al quale risulta cedevole anche la dottrina del diritto vivente³⁰.

27 Questi i fattori che avevo a suo tempo evidenziato in T. GROPPi, *Verso una giustizia costituzionale 'mite'*?, cit., 223-224.

28 Questa tendenza è stata accuratamente esaminata in quegli anni dalla dottrina, in particolare dal *Gruppo di Pisa*. V. ad esempio i saggi raccolti in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002.

29 E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema accentrato di controllo di costituzionale?*, cit., 246.

30 A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla "fuga" dalla giustizia costituzionale?*, cit. 162, nonché E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 250.

Quanto alle sentenze additive di principio, introdotte già nel 1988, esse conoscono un notevole sviluppo a partire dalla seconda metà degli anni Novanta. Rispetto alle normali manipolative, tali decisioni lasciano al giudice, nelle more dell'auspicato (ma spesso inesistente o tardivo) intervento del legislatore, ampio spazio per applicare in concreto, *inter partes*, il principio individuato dalla Corte³¹. In alcune occasioni (penso soprattutto alla sentenza n. 347/1998 sulla fecondazione assistita), la Corte, in assenza di disciplina legislativa, si è spinta fino al punto di chiamare i giudici comuni non tanto ad applicare un principio che essa avesse ricavato e "propinato" loro, ma, direttamente, a cercare ("nell'attuale situazione di carenza legislativa") l'interpretazione idonea ad assicurare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti.

Come avevo a suo tempo indicato in un articolo del 2002, parlando di "giustizia costituzionale mite"³², il trasferimento ai giudici di una parte significativa del controllo di costituzionalità compiuto dalla Corte in quegli anni mi è parso legato soprattutto al fatto che essi, a differenza della Corte, decidono *inter partes*.

Le loro pronunce, in quanto appunto *inter partes*, sono sembrate più "soportabili" per il legislatore. La Corte, è stato detto in termini ancora più netti, ha chiesto ai giudici di "fare il lavoro sporco"³³. In sostanza, essa ha scaricato su altri soggetti, i giudici appunto, parte della pressione derivante dalla necessità di rapportarsi col potere politico, cercando in tal modo di preservare la propria legittimazione.

Ma non solo. Decidendo *inter partes*, in molte materie i giudici sono sembrati più idonei, tanto della Corte quanto del legislatore, a calare nei contesti concreti i principi costituzionali, poiché più vicini ai casi. La Corte ha così mostrato di prendere le distanze dal diritto per regole di matrice

31 Benché anche le normali additive non siano autoapplicative e richiedano la collaborazione dei giudici: A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla "fuga" dalla giustizia costituzionale?*, cit., 165.

32 Nell'articolo che ho qui più volte citato: T. GROPPi, *Verso una giustizia costituzionale 'mite'?*, cit., specie 230 ss.

33 E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 250.

positivistica e di aderire a una impostazione culturale ispirata a un “diritto per principi”, secondo la quale le domande di giustizia che vengono dalla società pluralistica trovano risposta essenzialmente attraverso il “bilanciamento in concreto”, che abbisogna proprio della partecipazione attiva del giudice comune³⁴.

4. Trent’anni dopo: il ri-accentramento

Da alcuni anni³⁵, i due pilastri della “diffusione” del controllo di costituzionalità in Italia sono sottoposti a una rilettura giurisprudenziale: si è così assistito ad un temperamento della dottrina dell’interpretazione conforme, accompagnata da un *revival* delle decisioni interpretative di rigetto, oltre che a un ritorno alle sentenze additive *tout court*, con una riduzione prossima all’abbandono, delle additive di principio³⁶. Tutto ciò si è tradotto in un restringimento dello spazio lasciato ai giudici nel sindacato di costituzionalità, spazio che è stato occupato (o ri-occupato) dalla Corte costituzionale.

91

Sull’interpretazione conforme, particolarmente evidente è lo iato con la precedente giurisprudenza³⁷. La sentenza n. 356/1996 è stata riletta, come emblematicamente mostra la sentenza n. 42/2017: “Se ‘le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)’ (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettarne un’interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi,

34 Ovviamente, sul passaggio dal diritto per regole al diritto per principi, mi riferisco a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

35 Non è semplice identificare una data precisa, ma si potrebbe forse fare riferimento al 2015: infatti a tale anno risale il mutamento giurisprudenziale sull’interpretazione conforme, del quale parlo appena più avanti nel testo (vedi specialmente le sentenze nn. 221 e 262/2015). Questo rilievo sembra confortato da F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell’insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Diritto e società*, n. 4/2019, 791 ss., specie 807.

36 Ma vedi la sentenza n. 105/2018.

37 Su questo nuovo corso, v. ad es. M. RUOTOLO, *Quando il giudice “deve fare da sé”*, in *“Questione giustizia”*, 22 ottobre 2018.

tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela ... necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile”³⁸.

Assai chiare sono le parole del Presidente Lattanzi, nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018: “Il potere interpretativo dei giudici ... non può spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l’ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire. Appartiene del resto alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione compete alla Corte, anziché ai giudici comuni, salve le ipotesi in cui il contrasto è di mera apparenza, in quanto ricomponibile attraverso l’interpretazione. La natura della Corte, fin dai suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità e l’efficacia *erga omnes* delle pronunce, sono solo alcuni dei fattori che rendono il sindacato accentrato l’architrave, non surrogabile, del controllo di costituzionalità. Ciò deve indurre all’adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l’accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio del merito della questione incidentale che viene posta”³⁹.

Dall’altra parte, l’allentamento delle rime obbligate⁴⁰ ha aperto la strada a pronunce additive nelle quali la Corte valorizza le soluzioni già esistenti, ancorché non costituzionalmente obbligate, ravvisabili

38 Si vedano, tra le molte, le sentenze n. 15/2018 e n. 189/2019, che costituiscono ottime sintesi della più recente giurisprudenza sull’interpretazione conforme.

39 Così la relazione del Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi, 21 marzo 2019, 6. È interessante evidenziare che molti degli argomenti spesi in favore del controllo accentrato coincidono con quelli di V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009; Id., *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

40 C. PADULA, *Le spinte centripete nel giudizio incidentale di costituzionalità*, cit., 14.

nell'ordinamento e "idonee a 'porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato', ferma restando la facoltà del legislatore di intervenire con scelte diverse" (ad es. sentenza n. 99/2019; questa è stata anche, alla fine, la soluzione del caso Cappato: sentenza n. 242/2019). Ciò comporta che, nell'immediato, la Corte fa da sé, senza cioè dover chiedere l'intervento suppletorio dei giudici per dare applicazione *inter partes* a un principio da essa introdotto. Se questo è comprensibile (inevitabile direi) in materia penale, tale tecnica ben si presta ad essere utilizzata anche in altri campi.

Ciò non significa che la Corte intenda rinunciare alla collaborazione con i giudici, come testimonia il fatto che, proprio in questi stessi anni, sta dando una lettura della incidentalità, in specie della rilevanza, sempre più volta a facilitare la rimessione delle questioni⁴¹.

Significative le parole della sentenza n. 119/2015, con la quale è stata ammessa una questione sollevata dalla Corte di cassazione in sede di enunciazione del principio di diritto: "L'incidentalità, infatti, discende dal compito della Corte di cassazione di enunciare il principio di diritto sulla base della norma che potrà risultare dalla pronuncia di illegittimità costituzionale e che sarà, in ogni caso, 'altro' rispetto ad essa. *È in tal modo che si realizza l'interesse generale dell'ordinamento alla legalità costituzionale attraverso l'incontro ed il dialogo di due giurisdizioni che concorrono sempre – e ancor più in questo caso – alla definizione del diritto oggettivo. Ed è un dialogo che si rivela particolarmente proficuo, specie laddove sia in gioco l'estensione della tutela di un diritto fondamentale*" (corsivo mio).

Né la Corte mostra di voler disconoscere la sua giurisprudenza intervenuta in difesa del ruolo e della funzione dell'autorità giudiziaria. Al contrario, sta sviluppando e potenziando ulteriormente un filone giurisprudenziale che affonda le sue radici proprio nella precedente fase e che appare legato alla medesima temperie culturale, ovvero quello delle decisioni, assai numerose specie nel settore dei diritti dei minori, che

⁴¹ Su questo aspetto, rinvio al mio *La Corte e 'la gente'. Uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 408 ss.

dichiarano incostituzionali norme generali e astratte in quanto non derogabili dai giudici comuni secondo le esigenze dei casi⁴². Anzi, si moltiplicano le dichiarazioni di incostituzionalità di presunzioni legali e automatismi normativi, che altro non sono che un'apertura di credito verso i giudici⁴³.

Se in ciò si concreta il rinnovato atteggiamento (o, per dirla con le parole della già citata relazione del Presidente Lattanzi, il “recente indirizzo”) della Corte, occorre provare a comprenderne le ragioni, che mi sembrano essenzialmente riconducibili all'esigenza di fare un “bilancio” della precedente fase, ovviamente alla luce di quella che è la “*mission*” di qualsiasi organo di giustizia costituzionale, ovvero la garanzia della supremazia della Costituzione. Un bilancio che è risultato non sprovvisto di criticità.

Indubbiamente, un ruolo centrale è stato svolto dal timore dell'inarridimento del giudizio incidentale e, in definitiva, dal timore della Corte per una sua marginalizzazione dal controllo sulla legittimità delle leggi, a seguito dell'azione combinata di giudici comuni e corti sovranazionali⁴⁴. Non a caso questa giurisprudenza va di pari passo con quella che ha portato la Corte a reinserirsi nella relazione con la Corte di giustizia e con la Corte europea dei diritti dell'uomo, che aveva per molti anni lasciato al “dialogo” tra tali Corti e i giudici comuni⁴⁵. Gli effetti del riposizionamento si iniziano a vedere, come mostrano i dati citati nella relazione della Presidente Cartabia sulla giurisprudenza del 2019, sia quanto al

42 Le decisioni in materia di adozioni (sentenze nn. 349/1998, 283/1999) e, più in generale, di minori (sentenze nn. 436/1999; 450/1998) costituiscono un chiaro segnale di tale tendenza giurisprudenziale, che si rintraccia comunque anche in molteplici altri settori (ad es. v. sentenza n. 418/1998).

43 A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla “fuga” dalla giustizia costituzionale?*, cit., 152.

44 S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 176 ss., ha parlato di “Corte a mani vuote”, di “fuga dalla Corte”, di “declino della Corte”, riferendosi soprattutto al declino del giudizio incidentale, “un vicolo cieco nel quale si è cacciata la stessa Corte costituzionale”. V. anche R. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, 31 ss., che proprio a partire dai numeri poneva l'interrogativo su “ripensare il modello?”.

45 Per tutte, si vedano le sentenze n. 269/2017 (rispetto alla Corte di giustizia; ma v. già l'ordinanza n. 307/2013 per la rimessione della questione pregiudiziale nel giudizio incidentale) e n. 49/2015 (rispetto alla Corte EDU).

numero delle ordinanze di rimessione pervenute, sia al numero delle sentenze (rispetto a quello delle ordinanze) emesse nel giudizio incidentale, sia riguardo al numero crescente di sentenze di accoglimento⁴⁶.

Inoltre, non si può ignorare una certa “sofferenza” dei giudici comuni. Oltre alle specifiche problematiche della giustizia italiana (dalla lentezza dei processi alla crescente affiliazione politica di molti magistrati, accompagnata da numerosi scandali), va detto che i giudici si sono trovati esposti all’immane ruolo di dare risposte alle esigenze di giustizia provenienti da una società pluralista sempre più frammentata. E che non sempre si sono mostrati attrezzati allo scopo, come è comprensibile nell’ambito di un ordinamento di *civil law* sprovvisto del principio dello *stare decisis*. Il proliferare delle oscillazioni applicative delle disposizioni di principio sui diritti fondamentali, in uno scenario *multilevel* connotato dal moltiplicarsi di Carte e Corti⁴⁷, ha portato ad accentuare l’incertezza del diritto insita nelle soluzioni *inter partes*⁴⁸, rendendo di nuovo attuale l’esigenza di decisioni *erga omnes*, con la loro portata sistemica e nomofilattica, quando venga in rilievo l’incostituzionalità della legge: ovvero a rimettere “al centro” le ragioni di un sistema accentrato di giustizia costituzionale⁴⁹.

Tali riflessioni, che emergono anche dalle relazioni annuali dei presidenti e da diversi “*extra-judicial speeches*”, sono state mediate dalla dottrina, sia indirettamente che direttamente, attraverso personalità accademiche di

46 Così M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 4, che sottolinea come nel 2019 “è aumentata la domanda di giustizia costituzionale e sono aumentate anche le risposte di accoglimento da parte della Corte”, rilevando altresì che questa linea di tendenza in ascesa “si è sviluppata di pari passo con un atteggiamento meno formalistico della Corte circa il controllo sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali”.

47 La “casa affollata” di cui, riprendendo Pedro Cruz Villalón, parla S. CASSESE, *La giustizia costituzionale. Bilancio di un'esperienza; ovvero il dilemma del porcospino*, in Id., *Dentro la Corte*, cit., 307 ss.

48 Si vedano i molteplici contributi raccolti in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della legge e (in)certezza del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

49 Questo aspetto emerge assai chiaramente in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, 799 ss., specie 808.

primo piano presenti nella Corte stessa⁵⁰. Nonostante la straordinaria forza dei precedenti e la centralità del principio di collegialità, la Corte è fatta di persone, portatrici non solo di competenze giuridiche qualificate, ma anche di una propria visione e sensibilità, il cui avvicendamento non è sprovvisto di conseguenze sull'organo e sulla sua giurisprudenza, costituendone anzi uno dei canali di dinamismo e di evoluzione. Sarebbe irrealistico negare l'influenza delle concezioni del diritto dei componenti del collegio, benché non sia possibile dare un nome alle diverse "stagioni", a differenza di quel che capita in altri sistemi, come quello statunitense, nei quali, anche in conseguenza della pubblicazione delle opinioni dei singoli giudici, la personalizzazione è molto più marcata⁵¹.

Se questo è il quadro generale, occorre cercare di comprendere come la Corte sia riuscita a superare, in assenza di modifiche alle norme costituzionali o legislative sulla giustizia costituzionale, le esigenze che l'avevano spinta a delegare ai giudici comuni ampie porzioni del controllo di costituzionalità, esigenze che come ho detto, erano essenzialmente da ricondurre alla ricerca di soluzioni "*inter partes*".

Mi sembra che qui vengano in rilievo due aspetti.

Da un lato, la Corte, preso atto della "irrecuperabile" assenza del legislatore⁵², ha cercato di attrezzarsi per affrontare una "inevitabile supplenza". Al di là della valutazione che si voglia dare dell'uso degli strumenti processuali⁵³, mi pare che possano avere una qualche incidenza i "lavori

50 P. PASSAGLIA, *La presenza della dottrina all'interno della Corte costituzionale italiana*, in Id. (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina / Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 29 ss.

51 Limitatamente all'interpretazione conforme, per esempio, risaltano i nomi dei redattori delle sentenze-chiave delle due "stagioni", rispettivamente Gustavo Zagrebelsky (sentenza n. 356/1996) e Franco Modugno (sentenza n. 42/2017).

52 Su tale atteggiamento, che va ben oltre la fisiologia che connota la complessità dei processi di integrazione politica nello Stato costituzionale, per divenire vera e propria patologia nell'ordinamento italiano, rappresentando il più rilevante ostacolo per il buon funzionamento del sistema di giustizia costituzionale, in ultimo v. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, 53 ss.

53 "È facile, forse troppo facile –è stato scritto– bollare certi nuovi atteggiamenti della giurisprudenza costituzionale e certi modi di porsi della Corte –istituzione e singoli componenti– come cedimento alla politica": G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della*

in corso” sugli effetti temporali delle decisioni e sulle tecniche monitorie (penso ovviamente alla limitazione della retroattività, come delineata dalla sentenza n. 10/2015, e alla “incostituzionalità prospettata”, introdotta con l’ordinanza n. 207/2018 nell’ambito del caso Cappato), che consentono alla Corte di svincolarsi dalle rigidità del modello normativo e le permettono una maggiore duttilità anche attraverso decisioni *erga omnes*.

Inoltre, un qualche ruolo pare svolgere anche la scelta della Corte di “farsi prossima” al dato esperienziale attraverso nuovi canali (penso alla possibilità di ricevere “brevi opinioni scritte” dagli *amici curiae* e di svolgere audizioni di esperti in camera di consiglio, a seguito della modifica delle norme integrative dell’8 gennaio 2020) che la portano a immergersi nei “fatti” e che, se non eliminano l’esigenza che certe questioni siano decise “in concreto” (esigenza che, anzi, appare sottolineata dalla copiosa giurisprudenza sugli automatismi), le consentono però di allentare la sua dipendenza dai giudici quanto al dato fattuale.

In definitiva, la “manutenzione”, o per meglio dire, l’“auto-manutenzione” della giustizia costituzionale, in atto su tanti fronti, sia attraverso la messa a punto in via giurisprudenziale di inedite tecniche decisionali che con la modifica delle norme integrative, ha contribuito ad offrire alla Corte nuovi strumenti, che le consentono di riposizionarsi anche rispetto ai giudici comuni.

5. La Corte costituzionale italiana sullo scenario globale

Ci sarebbe, prima di concludere, da porsi un’ulteriore domanda, sull’origine della rinnovata “audacia” della Corte costituzionale, ovvero della “ri-centralizzazione”, di cui il “ri-accentramento” rappresenta, come abbiamo detto, soltanto una delle facce.

giustizia costituzionale. Un'introduzione, in *Diritto e società*, n. 4/2019, 545 ss. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., 53-54 ricorda “quanto sia scarna la disciplina del processo costituzionale, spesso aperta, per le formulazioni prescelte, a diverse possibili letture” e richiama a “valutare la tenuta della singola ‘novità’ entro il quadro normativo (e storico-politico) nel quale si colloca”, alla luce dell’esigenza della Corte di “rendere giustizia costituzionale”.

Ma siamo davvero sicuri che si tratti di “audacia”?

Se è di per sé difficile bollare di “audacia” il “ri-accentramento” in un sistema accentrato di giustizia costituzionale, neppure la “ri-centralizzazione” vuol dire necessariamente “attivismo”. Come è stato ben messo in evidenza, il fatto che la Corte torni a decidere questioni precedentemente “delegate” ai giudici comuni, o dichiarare incostituzionali norme delle quali in passato si limitava ad accertare l’incostituzionalità senza pronunciarla, non tocca tutta un’altra serie di aspetti del “minimalismo” della giustizia costituzionale italiana, nel senso che la Corte resta strettamente limitata dal principio della domanda, ha fatto utilizzo dell’autorimessione soltanto in rarissimi casi nella sua storia passata e recente, procede nelle decisioni di accoglimento secondo il metodo del “*one case at a time*” (ovvero con accoglimenti parziali), preferisce pronunciarsi su un unico parametro, considerando gli altri assorbiti, non si dilunga in *obiter dicta* o disquisizioni dottrinali⁵⁴.

98

Né audacia né attivismo. Mi pare che siamo di fronte a una trasformazione culturale che sta investendo la Corte costituzionale italiana, di pari passo col suo immergersi pienamente nel dialogo globale tra i giudici costituzionali e con le corti sovranazionali. Se la Corte, uno dei più antichi organi di giustizia costituzionale d’Europa, da decenni fa parte di *network* e di conferenze di giudici costituzionali, tale appartenenza è spesso risultata quasi puramente cerimoniale. È soltanto con l’affacciarsi, tra i suoi componenti, di giuristi più aperti – o per indole, o per formazione, o per generazione – al “costituzionalismo globale”, che questa forma di “relazionalità orizzontale” ha iniziato ad influire sulla giurisprudenza, di pari passo con il dinamismo messo in moto, sul piano “verticale”, dalla sempre maggiore pervasività delle corti sovranazionali, a loro volta potenti veicoli di “*cross-fertilization*”.

Proprio da questo dialogo a più voci (solo in parte testimoniato dalle citazioni esplicite di sentenze straniere) essa ha tratto consapevolezza

54 A. VON BOGDANDY, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza*, cit., 14.

e fiducia, oltre che spunti per le recenti innovazioni⁵⁵, nella direzione del superamento di una serie di elementi di eccentricità (per non dire di vero e proprio eccezionalismo) del sistema italiano di giustizia costituzionale⁵⁶. Se resta un *topos* degli studi e dei dibattiti dottrinali italiani “l’oscillare del pendolo” tra “anima politica” e “anima giurisdizionale”⁵⁷, il nuovo scenario pare aver rafforzato la consapevolezza, perlomeno in molti dei componenti della Corte, che la giustizia costituzionale è “qualcos’altro”: nel senso che essa rappresenta, nello Stato costituzionale, un vero e proprio nuovo potere, dotato di sue peculiari caratteristiche che lo distinguono da quelli “tradizionali”⁵⁸, un potere che tende sempre più ad assumere una

55 Peraltro, questa influenza non è neppure troppo velata, comparando in modo esplicito in tutte le più innovative decisioni di questi anni, a partire dalla sentenza n. 1/2014. Si veda ad esempio la sentenza n. 10/2015 ove, nell’intervenire a modulare gli effetti temporali delle proprie decisioni, la Corte afferma che “la comparazione con altre Corti costituzionali europee –quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese– mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale”. Oppure l’ordinanza n. 207/2018, che cita espressamente decisioni della Corte suprema canadese e della Corte suprema del Regno Unito che avevano espresso analoghe esigenze di lasciare al legislatore un lasso di tempo per intervenire. Inoltre, non pare privo di rilievo che un intero paragrafo della relazione annuale della Presidente Cartabia sulla giurisprudenza costituzionale del 2019 sia dedicato alle “tecniche processuali collaborative” nel diritto comparato.

56 Ne avevo segnalati alcuni in T. GROPPi, *Giustizia costituzionale ‘italian style’? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, in *DPCE online*, n. 2/2016; v. anche T. GROPPi, I. SPIGNO, *Constitutional Reasoning in the Italian Constitutional Court*, in A. Jakab, A. Dye-vre, G. Itzcovich (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 516 ss.

57 V. ad esempio R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Giappichelli, Torino, 2017, nell’ambito del quale diversi interventi mostrano un certo “disagio” per questo tipo di impostazione e muovono alla ricerca di un diverso approccio (v. in particolare nello stesso volume i contributi di M. DOGLIANI, M. RUOTOLO, A. SPADARO, A. SPERTI).

58 Nel senso della “Corte in-politica” di cui ha parlato a più riprese Gustavo Zagrebelsky (v. ad esempio Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 303 ss.), ma anche in quanto si tratta di un organo chiamato sempre più frequentemente alla verifica di ragionevolezza e proporzionalità: S. Cassese, *La giustizia costituzionale. Bilancio di un’esperienza; ovvero il dilemma del porcospino*, cit., 314. Interessanti considerazioni, alla luce della dottrina tedesca, in A. GRAGNANI, *Oltre l’effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale: sul potere-dovere della Corte*

dimensione transnazionale e globale⁵⁹. Ciò determina una convergenza di problematiche e anche di possibili soluzioni che va oltre i contesti storico-politici e finanche i classici modelli della giustizia costituzionale comparata⁶⁰.

Riferendosi alle recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale italiana, si è detto che siamo di fronte a una “*Bundesverfassungsgerichtizzazione*” della Corte costituzionale⁶¹, ma mi spingerei oltre, nel senso di rilevare una sua vera e propria “*global constitutional justicializzazione*” (mi si perdoni l’espressione).

Peraltro questa spinta esterna ha trovato un terreno domestico favorevole: i mutamenti in atto nel contesto politico-istituzionale italiano (anch’essi comuni alle altre democrazie costituzionali) impongono alla Corte di non ignorare ulteriormente le pressioni “dal basso”, ovvero le richieste di giustizia costituzionale che vengono dai soggetti dell’ordinamento⁶². Il rischio di entrare a far parte del novero delle istituzioni lontane dal popolo, di essere percepita come l’ennesima espressione di una casta di privilegiati che si disinteressano dei destini concreti delle persone, sembra aver messo in moto la reazione della Corte⁶³: una sorta

costituzionale di dettare regole interinali per l’attuazione delle sue sentenze, in Consulta Online, 8 aprile 2020.

59 Come è stato detto, “Constitutional adjudication in the twenty-first century has acquired an undeniable global dimension”: V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 231. Sulla giustizia costituzionale come “principio universale”, S. CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale*, in S. Bagni e altri (a cura di), *Giuresconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*. Vol. I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Giappichelli, Torino, 2016, 84 ss.

60 Mi pare che questa sia, ad esempio, la prospettiva che ha guidato i curatori del volume V. Barsotti, P. G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (a cura di), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Routledge, London, 2020.

61 A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza*, cit., 24.

62 G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit.

63 Una reazione che, oltre a toccare l’attività giurisdizionale, tanto nella fase ascendente che discendente, ha investito anche la comunicazione della Corte, che come è noto si è profondamente rinnovata negli ultimi anni. Al riguardo, rinvio alle considerazioni di A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e società*, 2019, 735 ss.

di “*consequentia felix*” di quei sommovimenti che a volte sono troppo sbrigativamente riassunti sotto l’etichetta, ormai diventata una *bonne à tout faire*, di “populismo”⁶⁴.

Tutto ciò nella prospettiva che, nelle democrazie costituzionali, sempre preoccupa – e sempre deve preoccupare – qualsiasi istituzione “non maggioritaria”⁶⁵, ovvero la necessità di rilegittimarsi continuamente⁶⁶: preoccupazione che implica prima di tutto la completezza, la trasparenza, la comprensibilità e, in definitiva, la “persuasività” delle motivazioni, non soltanto riguardo ai contenuti della decisione assunta, ma anche agli strumenti processuali utilizzati⁶⁷.

L’interrogativo aperto, come sempre, anche per la Corte costituzionale italiana nel terzo decennio del XXI secolo, è se stia riuscendo in tale arduo, ma decisivo compito: una valutazione che spetta in primo luogo alla dottrina, chiamata a vigilare sulle motivazioni e a dialogare con la Corte attraverso i commenti e gli studi della giurisprudenza. Un compito delicato e gravoso, per il quale possiamo però contare, anche grazie al contributo della scuola pisana, su generazioni di studiosi, formati al rigore del metodo, alla dedizione al lavoro, alla capacità di collaborazione: tutte virtù delle quali il professor Romboli ci ha fornito e ci continua a fornire testimonianza e per cui gli siamo grati.

64 Etichetta che a mio avviso andrebbe invece riservata a specifici orientamenti anti-democratici e anti-pluralisti, come ben sottolineato da A. VOSSKUHL, *Populismo e democrazia*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2018, 785 ss.

65 Per riprendere l’espressione di R. TONIATTI, *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2020, 1155 ss.

66 Già evidenziata da L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le corti costituzionali (e le altre corti)*, Giuffrè, Milano, 2009, 130. Lo stesso concetto è stato espresso di recente con altre parole, richiamando anche le drammatiche esperienze polacca e ungherese, nel senso che non c’è una “assicurazione sulla vita” per le Corti costituzionali: così A. von Bogdandy, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza*, cit., 19.

67 Ivi comprese quelle sulla scelta degli strumenti tecnici impiegati, secondo quanto segnalato da C. PANZERA, *Intrepretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, E.S.I., Napoli, 2013, 297.

La nozione di “giudice” e “giudizio” nel pensiero di Roberto Romboli*

✍ NICOLA PIGNATELLI**

1. **Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989): la nozione di “giudice” e “giudizio” tra prevalenza del “giudice” e critica alla teoria delle funzioni**

Nella prima edizione degli *Aggiornamenti*, Romboli, prima di esaminare il triennio (1987-1989), ricostruisce la problematica generale relativa alle nozioni di “giudice” e “giudizio” ai fini del giudizio costituzionale in via incidentale nonché il contributo della giurisprudenza costituzionale nel trentennio precedente (1956-1986).

103

In primo luogo richiama i profili essenziali del dibattito dottrinale intorno alle espressioni “giudice”/“autorità giurisdizionale” e “giudizio” (art. 1 l. cost. n. 1/1948; art. 3 e 23 l. n. 87/1953; art. 1 N.I.), mettendo in evidenza come la contrapposizione di vedute derivasse dalla stessa poca chiarezza dei Costituenti sulla problematica. Tuttavia il punto di partenza della riflessione è costituito dalla scelta operata dalla legge costituzionale n. 1/1948, “ribadita e rafforzata con la successiva legge 87/1953”, la quale ha configurato un processo costituzionale come processo a tutela degli interessi e delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere nel giudizio *a quo*, da cui si desume peraltro la legittimazione da parte del giudice nell’ambito di un giudizio a parti contrapposte a sollevare questione di costituzionalità.

* Questo scritto è stato inserito nel volume il “*Contributo di Roberto Romboli allo studio della Giustizia costituzionale attraverso gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*”, Torino, 2020.

** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico. Università degli studi di Bari Aldo Moro.

Non può negarsi, però, nella logica di valorizzazione del diritto giurisprudenziale, nel solco dell'insegnamento del Maestro Alessandro Pizzorusso, come sia forte l'esigenza di indagare tali nozioni, al di là della volontà del legislatore, alla luce della giurisprudenza costituzionale; la giurisprudenza come *fonte* e come *metodo*: "più della concezione del legislatore, interessa forse maggiormente la concezione della Corte costituzionale, se è vero che il dettato normativo vale più che per la sua formulazione letterale o per le intenzioni specifiche di chi lo ha scritto, per come esso è in concreto effettivamente inteso e applicato".

Nel corso del primo periodo (1956-1971) la Corte costituzionale ha fornito una "lettura ampia ed estensiva" dei termini "giudice" e "giudizio", chiarendo che l'interesse pubblico all'attuazione della Costituzione e specificatamente alla rimozione delle leggi incostituzionali dovesse prevalere su potenziali letture restrittive dei presupposti di attivazione del giudizio costituzionale (analogamente a quello che è stato affermato per la rilevanza o per altri presupposti processuali); in questa logica si rilevava la recessività della qualificazione del procedimento *a quo* (cfr. la giurisprudenza citata a pag. 43). La Corte costituzionale, rigettando espressamente le eccezioni di inammissibilità dell'Avvocatura dello Stato, ha ritenuto ai fini dell'attivazione del giudizio costituzionale, del tutto irrilevante la distinzione tra attività amministrativa e attività giurisdizionale del giudice, accendendo così ad una nozione assai lata di "giudizio", inteso come qualsiasi procedimento nel quale il "giudice" svolge le funzioni attribuite. Romboli attribuisce, in questa prospettiva, un valore paradigmatico ad una sentenza, nella quale la Corte sostenne che per "giudizio" dovessero intendersi tutti quei procedimenti alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale (sent. n. 83/1966), rilevando come la conseguenza di tale indirizzo fosse la totale assenza in quel periodo di pronunce di inammissibilità (fatta eccezione per alcune sentenze che rilevavano, sotto diverso profilo, la carenza del potere decisorio del giudice).

In questa prospettiva Romboli, traendo le prime conclusioni, afferma che "la Corte ha ritenuto importante e condizione necessaria e sufficiente che la questione fosse sollevata da un'autorità inserita stabilmente nell'ordinamento giudiziario, reputando superflua ed irrilevante

qualunque altra indagine sul tipo di attività svolta”; pertanto l’asserita alternatività (del giudice e del giudizio) operava “a senso unico” (nel senso del giudice).

Quanto, invece, al secondo periodo (1971-1986) del trentennio Romboli rileva l’inversione di tendenza “in senso restrittivo” e con essa l’aumento dei casi in cui la Corte nega al “giudice” la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità. Più specificatamente la giurisprudenza costituzionale inizia a valorizzare anche la natura sostanziale dell’attività svolta dal “giudice”, quindi l’altro corno della problematica, quello del “giudizio”, arrivando a dichiarare inammissibili questioni sollevate nell’esercizio di funzioni non giurisdizionali (*rectius*, nell’ambito di funzioni amministrative o comunque esercitate in seno a procedimenti amministrativi). In questo senso assume una forza sintetica, nella giurisprudenza citata, l’assunto secondo cui l’intervento di un magistrato non può da solo essere ritenuto idoneo a modificare un procedimento tipicamente amministrativo, trasformandolo in un procedimento giurisdizionale.

105

In conclusione, scrive Romboli, “dall’esame della giurisprudenza costituzionale del periodo 1971-1986, si ricava che la Corte, a differenza di quanto riscontrato nel periodo precedente, non si accontenta più, al fine di riconoscere la legittimazione, che la questione sia stata sollevata da un ‘giudice’ nell’atto di applicare una disposizione ad un caso concreto, ma richiede che ciò avvenga nel corso di un procedimento avente caratteri giurisdizionali” (pag. 49).

Su questa giurisprudenza svilupperà le proprie critiche, come si dirà a breve.

Ciò posto, quindi ricostruito in modo magistrale il quadro generale, Romboli, quanto al primo triennio in esame (1987-1989), scorge principalmente delle conferme della ultima giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo rileva conferme maggiormente “scontate”; casi in cui la Corte dichiara la inammissibilità per carenza dei poteri decisori del giudice (per carenza di competenza, per esaurimento del potere decisorio o per carenza di giurisdizione). Queste sono quelle fattispecie per le quali Romboli rileva che “potevano essere risolte nel senso dell’irrelevanza della

questione prospettata, come è dimostrato dal fatto che in casi quasi identici, negli stessi anni, la Corte costituzionale ha invece dichiarato appunto l'inammissibilità della questione per irrilevanza e non per carenza di legittimazione del giudice" (pag. 51).

In secondo luogo rileva conferme di "maggior interesse", in relazione ad alcuni casi in cui la dichiarazione di inammissibilità della questione deriva dalla carenza della nozione di "giudizio", intesa come carenza di una funzione giurisdizionale.

A questo proposito Romboli si chiede in senso critico se sia "utile domandarsi se, quando un'eccezione di costituzionalità sia rimessa alla Corte da un soggetto sicuramente qualificabile come 'giudice', sia davvero necessario distinguere, ammesso che una differenza sostanziale vi sia, a seconda che questo avvenga nell'esercizio di funzioni giurisdizionali o amministrative".

La risposta a tale domanda è intimamente connessa al problema più generale relativo alla natura del giudizio costituzionale, e specificamente se si ritenga che condizione necessaria e sufficiente sia la provenienza della domanda di giustizia costituzionale da un giudice nell'applicazione di una legge al caso concreto o se sia necessario, come nella ultima giurisprudenza citata, che la questione sia sollevata nell'esercizio di funzioni giurisdizionali. La tesi di Romboli propende certamente per la prima opzione ermeneutica (come già sostenuto in R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, 63 ss.), posto che ritenere "la necessità del carattere giurisdizionale delle funzioni del giudice, sembra guardare e considerare importante, più che l'interesse pubblico all'eliminazione di leggi incostituzionali, quello specifico del singolo leso in un suo diritto da una legge non conforme ai principi fissati dalla Costituzione" (pag. 55).

Tale opzione si fonda certamente sugli studi in materia di ordinamento giudiziario e quindi sul presupposto modello costituzionale di magistratura, autonoma ed indipendente, i cui caratteri sono la migliore garanzia strumentale per l'interesse pubblico generale alla eliminazione delle leggi incostituzionali.

2. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1993): alcune conferme (sull'esaurimento dei poteri decisorii del giudice, sulla evidente carenza di giurisdizione o competenza) e una rarità (la questione auto-sollevata dalla Corte costituzionale)

Nel secondo volume degli *Aggiornamenti* (1990-1993) viene precisato, sotto il profilo del metodo, come l'analisi verterà esclusivamente sugli aspetti processuali e come tale analisi non potrà che essere disomogenea, seguendo l'andamento della giurisprudenza, diversamente da una impostazione tradizionalmente manualistica. Peraltro si precisa altresì che non si ripeterà la ricostruzione di profili generali già analizzati nella precedente edizione.

Quanto alla nozione di “giudice” e “giudizio”, Romboli scrive che il triennio 1990-1993 non mostra ipotesi di grande rilievo, potendo rilevarsi semplicemente alcune conferme.

L'affermazione maggiormente ricorrente nella giurisprudenza è quella della mancata legittimazione del “giudice” privo di poteri decisorii al momento dell'adozione della ordinanza di rimessione (si pensi al tribunale per l'omologazione di una delibera societaria, in quanto chiamato solamente a riferire al collegio in ordine all'istanza di omologazione, al giudice civile istruttore in relazione alla applicazione delle disposizioni che trovano applicazione ad opera del collegio o al giudice che aveva deciso nel merito, esaurendo la propria cognizione); nello stesso periodo sono ravvisabili anche questioni “premature”.

107

Inoltre la giurisprudenza costituzionale fornisce chiarimenti in ordine alla problematica della carenza di giurisdizione o di competenza del giudice *a quo*. A tal proposito Romboli scrive che “in questa ipotesi la linea di demarcazione tra questione priva di rilevanza e questione sollevata da giudice non legittimato è assai sottile, ma l'aspetto che merita di essere sottolineato riguarda l'evoluzione subita dalla giurisprudenza costituzionale, la quale in un primo momento era solita escludere totalmente la rilevanza nel giudizio di costituzionalità delle leggi di eventuali vizi concernenti il procedimento *a quo*” (pag. 32).

La Corte precisa quindi che la carenza di giurisdizione e di competenza deve assumere il carattere della “evidenza”; si deve trattare di una

ipotesi di manifesta carenza di giurisdizione o competenza (come nel caso di questione sollevata da pretori nell'ambito di controversie pacificamente rientranti nell'ambito della giurisdizione amministrativa).

Quanto, invece, alla nozione di "giudizio", Romboli segnala (pag. 33) come siano assai inferiori le ipotesi in cui la Corte ha verificato la esistenza di un "giudizio" ai sensi dell'art. 23 l. n. 23 l. n. 87/1953, attribuendo in concreto natura amministrativa ad alcuni procedimenti nei quali era stata sollevata una questione di legittimità costituzionale (si pensi al procedimento per la concessione del nulla-osta per la espulsione dello straniero con decreto prefettizio o al procedimento di controllo preventivo di legittimità svolto dall'Ufficio di controllo della Corte dei conti su un decreto del provveditore agli studi).

Viene altresì segnalata per la sua "relativa rarità" (pag. 34) una questione auto-sollevata dalla Corte costituzionale (ord. n. 378/1992) innanzi a sé nell'ambito di un giudizio in via incidentale, sul presupposto che tale questione fosse pregiudiziale alla risoluzione della eccezione sottoposta.

108

A tal proposito Romboli scrive che "a parte le discussioni circa una eventuale relativizzazione del concetto di giurisdizione accolto dalla Corte per legittimare se stessa come giudice *a quo*, sembra potersi rilevare come l'ipotesi in questione dimostra ulteriormente la difficoltà di configurare un rapporto di pregiudizialità nell'ambito di un giudizio sulle leggi in via incidentale, a differenza di quanto avviene invece per eccezioni di costituzionalità sollevate nell'ambito di altre competenze ed in particolare dei giudizi sui conflitti".

3. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995): alcune pronunce paradigmatiche

Nel triennio 1993-1995 Romboli rileva come la giurisprudenza costituzionale confermi l'indirizzo secondo cui non è legittimato il "giudice" manifestamente carente di giurisdizione o competenza. La Corte costituzionale, pur ribadendo che non spetta al Giudice delle leggi esercitare un controllo giurisdizionale sui presupposti processuali del giudizio *a quo*, e quindi affermando la piena autonomia del giudizio costituzionale rispetto a quello comune, ha ammesso la possibilità di rilevare un vizio

macroscopico di difetto di giurisdizione o competenza (non sussistente, ad esempio, quando la giurisprudenza prevalente riconosca il radicamento della giurisdizione o della competenza in un certo senso).

Romboli spiega (pag. 69) la *ratio* di tale indirizzo affermando come “la Corte tende a temperare l’esigenza di garantire il carattere concreto della questione di costituzionalità e l’esistenza di un nesso di pregiudizialità con il giudizio principale con quella di evitare di vedersi trasformato in giudice di secondo grado”.

Inoltre in relazione a questo triennio si rilevano ancora casi in cui la questione di legittimità costituzionale è stata dichiarata inammissibile per esaurimento dei poteri decisorio del “giudice” (come nel caso in cui il giudice amministrativo aveva sollevato una questione su una disposizione già applicata con l’adozione di un provvedimento cautelare).

Ai fini della ricostruzione più generale delle nozioni di “giudice” e “giudizio” Romboli segnala alcune decisioni, che si riveleranno paradigmatiche anche per le edizioni successive.

109

La Corte in un caso, in relazione ad una questione sollevata dalla commissione ricorsi contro i provvedimenti dell’ufficio italiano brevetti e marchi, ha ritenuto tale organo una giurisdizione speciale compatibile all’art. 102, 2° comma, Cost, perché preesistente, ricostruendo gli indici di giurisdizionalità, ossia le garanzie di indipendenza e imparzialità, le regole processuali (contraddittorio, discussione pubblica), l’oggetto del giudizio, la impugnabilità della decisione in Cassazione.

In altro caso, enfatizzato da Romboli, la Corte ha negato la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità da parte degli organi del pubblico ministero (nella specie il pubblico ministero presso la Corte dei conti nell’esercizio delle proprie funzioni nell’ambito di un giudizio di responsabilità per danno erariale), sul presupposto che il pubblico ministero non ha il potere di adottare provvedimenti giurisdizionali decisorio e quindi non è qualificabile come “giudice”.

Quanto alla nozione di “giudizio”, la Corte ha negato tale qualificazione al procedimento di controllo successivo alla gestione, esercitato ai sensi dell’art. 3, 4° comma, l. n. 20/1994, non essendo un controllo

con i caratteri della giurisdizionalità, posto che esso è configurabile come un controllo empirico ispirato a canoni di comune esperienza nonché basato su regole tecniche-scientifiche. Diversamente è stata riconosciuta la natura di giudizio al giudizio di parificazione sul rendiconto generale dello Stato.

4. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998): il “giudice” sotto il profilo soggettivo ed oggettivo

Romboli rileva come nel triennio 1996-1998 in un caso la Corte abbia avuto modo di affrontare “in maniera più ampia” la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. La Corte (sent. n. 387/1996) ha escluso che il collegio centrale di garanzia elettorale sia legittimato sotto il profilo *soggettivo* a sollevare questione di costituzionalità, posto che tale organo non può ritenersi inserito nell’apparato giudiziario e vista la carenza di un nesso organico di compenetrazione agli uffici giudiziari, nonché sotto il profilo *oggettivo*, posto che non può dirsi che esso svolga un’attività decisionale con efficacia analoga a quella del giudicato.

110

La Corte (ord. n. 104/1998) ha negato anche la legittimazione al Consiglio comunale in sede di applicazione della sanzione della sospensione di diritto del Sindaco condannato con sentenza della Corte di Appello, non avendo nessun potere decisionale ed essendo limitata la propria competenza alla mera declaratoria di sospensione dalla carica.

Romboli rileva anche una serie di ulteriori conferme sulla carenza di legittimazione del giudice che (i) non è chiamato a fare applicazioni delle disposizioni indubitate, (ii) è privo di competenza o di giurisdizione, in modo manifesto, (iii) ha esaurito il proprio potere decisorio.

In una serie di pronunce la Corte è tornata ad occuparsi del giudice istruttore civile, ribadendo il principio secondo cui sussiste la legittimazione con riferimento a questioni concernenti disposizioni di legge che tale giudice deve applicare per provvedimenti che rientrano nella sua competenza, mentre deve essere esclusa quando la norma impugnata assume rilevanza per la decisione di merito che spetta al collegio.

È stata, invece, riconosciuta in questo triennio la legittimazione del giudice di sorveglianza, del commissario per il riordino degli usci civici, della commissione dei ricorsi contro provvedimenti dell'ufficio italiano di brevetti e marchi, della Corte dei conti in sede di controllo.

Romboli osserva altresì, quanto alla nozione di “giudizio”, che con riferimento ad una questione sollevata dal commissario regionale per il riordinamento degli usi civici, il riconoscimento della legittimazione di esso potesse fondarsi sul “potere di statuire con accertamento avente natura giurisdizionale” solo quando “insorga controversia tra le parti circa la sussistenza dei presupposti per la legittimazione (durata dell'occupazione, apporto di migliorie, conservazione della continuità dei terreni)”.

5. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001): la grande novità della nozione sostanziale di “giudice” e “giudizio” (l'arbitrato rituale)

111

Nell'edizione degli *Aggiornamenti* (1999-2001) Romboli mette in evidenza come la pubblicazione del *Manuale* di Giustizia costituzionale determinerà un mutamento della impostazione degli Aggiornamenti, posto che in essi ci si limiterà a dare conto degli orientamenti giurisprudenziali, contenendo al minimo la trattazione dei profili generali e dell'apparato bibliografico.

In questa edizione si rileva una importante novità giurisprudenziale, ossia il riconoscimento da parte della Corte costituzionale (sent. n. 376/2001) della legittimazione a sollevare questione di costituzionalità da parte degli arbitri nell'ambito dell'arbitrato rituale.

Romboli mette in evidenza come il tema fosse stato dibattuto dalla dottrina, la quale “poneva essenzialmente una alternativa” tra la soluzione secondo cui l'arbitro sarebbe stato obbligato ad applicare la legge, anche se sospettata di incostituzionalità, e la diversa opzione della disapplicazione della legge ritenuta incostituzionale (residuando quindi il rimedio della impugnazione del lodo arbitrale e quindi la successiva legittimazione a sollevare questione da parte del giudice della impugnazione).

La Corte supera tale dibattito, fondando la legittimazione degli arbitri sui caratteri dell'arbitrato, dell'attività in esso svolta e in particolar modo sul potere di applicazione obiettiva del diritto. In questa logica Romboli afferma che la Corte "fa riferimento ad una nozione 'funzionale' e 'sostanziale' di 'giudice' e 'giudizio', affermando che a tal fine è sufficiente che sussista esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge da parte di soggetti pure se estranei all'organizzazione della giurisdizione e posti in posizione *super partes*" (pag. 38).

Questo indirizzo giurisprudenziale costituisce certamente una svolta, posto che la giurisprudenza costituzionale sino a quel momento aveva riconosciuto la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità esclusivamente ad un "giudice" appartenente all'ordinamento giudiziario (pur non ritenendo, come visto, tale elemento sufficiente).

Il riconoscimento della legittimazione degli arbitri "potrebbe poi comportare un ben maggiore ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale, rispetto a quello che può apparire *prima facie*, essendo chiaramente assai facilitato il ricorso a *lites fictae*, create allo scopo di sottoporre alla Corte un dubbio di legittimità costituzionale e potendo, entro certi limiti, tradursi in una sorta di ricorso diretto alla giustizia costituzionale" (pag. 39).

Romboli rileva altresì come in questo triennio la Corte abbia fatto applicazione più volte della regola consolidata secondo cui non è legittimato a sollevare questioni di costituzionalità il giudice privo di poteri decisori per aver già applicato la disposizione oggetto del dubbio di legittimità costituzionale e analogamente per non essere titolare di alcun potere decisorio nel momento del sollevamento (come nella peculiare ipotesi di una questione sollevata in un giudizio sospeso, per attivazione di un regolamento di competenza).

Romboli rileva altresì alcune conferme quanto alla legittimazione del giudice di sorveglianza, del CNF, del Consiglio nazionale dei ragionieri e periti commerciali, del Commissario regionale per il riordinamento degli usi civici, del Consiglio della magistratura militare; inoltre è stata confermata la legittimazione del giudice di rinvio a sollevare questione di

costituzionalità sulla norma risultante dalla interpretazione contenuta nel principio di diritto affermato dalla Cassazione nel giudizio rescindente.

Nel triennio in esame è stata segnalata anche un'altra questione auto-sollevata dalla Corte costituzionale nell'ambito di un conflitto tra Enti.

Quanto, invece, alla nozione di “giudizio”, Romboli rileva come la Corte avesse escluso che una questione potesse ritenersi sollevata nel corso di un giudizio nell'ipotesi di una eccezione proposta dal Presidente del tribunale chiamato a provvedere alla nomina di estranei all'amministrazione, destinati a presiedere, a rotazione, il collegio arbitrale di disciplina per i dipendenti del Comune o in sede di provvedimento sulla richiesta di astensione da parte del giudice; in tal caso la funzione esercitata doveva ritenersi di natura amministrativa e non giurisdizionale.

**6. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004):
il seguito debole della giurisprudenza sugli arbitri**

113

Quanto al triennio 2002-2004, Romboli mette in evidenza come l'elaborazione della nozione funzionale di “giudice”, come ricostruita in relazione agli arbitri, non ha trovato un seguito immediato e diffuso nella giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale ha negato, infatti, la legittimazione al sollevamento della questione di costituzionalità per il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (sent. n. 254/2004, ord. nn. 357/2004, 392/2004), sciogliendo negativamente l'ambivalenza della natura di tale istituto, residuo della forma di Stato monarchica.

Il Consiglio di Stato aveva argomentato, quanto alla propria legittimazione, non richiamando in realtà una similitudine funzionale con gli arbitri ma la giurisprudenza della Corte di giustizia europea che aveva riconosciuto la legittimazione di esso al rinvio pregiudiziale (vista la sussistenza di una serie di elementi di giurisdizionalità, quali la indipendenza, il contraddittorio, l'obbligatorietà dell'intervento, ecc.), nonché il precedente del riconoscimento della legittimazione in capo alla Corte dei conti in sede di esercizio delle funzioni di controllo di legittimità degli atti governativi.

Tuttavia la Corte costituzionale ha negato la natura giurisdizionale dell'istituto e ritenuto prevalente l'anima amministrativa, soprattutto alla luce della previsione normativa che attribuiva al Governo il potere di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato (da ritenersi quindi obbligatorio ma non vincolante); inoltre i due precedenti citati dal Consiglio di Stato sono stati ritenuti non pertinenti, perché riferita a situazioni diverse.

Al contrario Romboli rileva come l'apertura nei confronti degli arbitri sia citata in una ordinanza sollevata da un notaio, il quale chiedeva di essere ammesso a sollevare questione nella sua attività di documentazione a mezzo di atto pubblico notarile dei negozi tra privati. La Corte costituzionale, "come ampiamente prevedibile" (scrive Romboli), ha escluso però la legittimazione del notaio ritenendo che mancasse del tutto la funzione decisoria, quale condizione necessaria della funzione giurisdizionale e quindi ritenendosi sollevata dal verificare sia il profilo soggettivo (ossia l'assimilabilità al giudice) sia il profilo oggettivo (l'assimilabilità del procedimento al giudizio).

114

Analogamente ha escluso (nuovamente) la legittimazione di un Consiglio comunale (sempre quello di Platì) in sede di deliberazione *ex art. 69 dlgs. n. 267/2000*, ritenendo carenti del tutto gli elementi essenziali per la qualificazione di tale organo come giurisdizionale.

Nello stesso triennio Romboli rileva come la Corte sia stata sollecitata ad una rivalutazione della posizione del pubblico ministero. Tuttavia in due occasioni "pare assumere" "una posizione in qualche modo interlocutoria, evitando di prendere espressamente ed inequivocabilmente posizione, come aveva fatto in precedenza". In un caso si trattava di una questione sollevata nell'ambito della decisione relativa alla convalida di un sequestro probatorio operato d'iniziativa della polizia giudiziaria nei confronti di un indagato e di nomina di un difensore d'ufficio. La Corte dichiara di prescindere dalla qualificazione soggettiva del p.m. e pronuncia la manifesta inammissibilità per la mancanza dell'elemento del giudizio, escludendo la esistenza in concreto di poteri decisorio del p.m. In un altro caso, invece, sembra quasi presupporre la legittimazione, posto che dispone con ordinanza la restituzione degli atti per *ius superveniens*.

Diversamente Romboli osserva come sia stata riconosciuta la legittimazione dell’Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione (sent. n. 334/2004), il quale, diversamente dalla propria precedente auto-qualificazione (in senso non giurisdizionale), è giunto a sollevare questione indotto da un precedente positivo della Corte in relazione alla legittimazione di analogo organo dell’ufficio regionale per il referendum presso il Tribunale di Aosta.

La Corte ha poi fatto uso della “regola più volte affermata nella propria precedente giurisprudenza, secondo cui non è legittimato a sollevare questioni di costituzionalità il giudice privo di poteri decisorii” (pag. 45) oppure privo della competenza ad applicare la disposizione indubitata, “in base alla regola per cui il giudizio incidentale presuppone che il giudice che solleva la questione debba, in quel momento processuale, fare applicazione della norma denunciata, nell’esercizio di funzioni giurisdizionali, con potere di risolvere quell’aspetto, anche solo procedimentale o preliminare, necessario per la prosecuzione e definizione del giudizio”.

115

Romboli rileva anche alcune conferme quanto alla legittimazione, come per la commissione ricorsi contro i provvedimenti dell’Ufficio italiano brevetti e per la Corte dei conti, sez. centr. di controllo di legittimità sugli atti del Governo.

Quanto alla nozione di “giudizio”, la Corte ha escluso tale carattere in relazione ad una questione sollevata in materia fallimentare in sede di camera di consiglio convocata dal presidente del Tribunale per la relazione del giudice da lui nominato a tale esclusivo fine (ord. n. 411/2002).

7. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007): un triennio di mere precisazioni

Romboli scrive, quanto al triennio in esame, che “non fa registrare decisioni di grosso rilievo o innovative rispetto alla precedente giurisprudenza in tema di legittimazione del giudice *a quo* e di nozione di giudizio, ma solo alcune specificazioni e applicazioni di principi che possono ormai essere ritenute del tutto consolidate” (pag. 34).

Viene quindi confermata la legittimazione della sezione disciplinare del CSM, della Commissione dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio italiano brevetti e marchi, del giudice tutelare presso il Tribunale, del collegio arbitrale in sede di arbitrato rituale.

Viene confermata altresì la piena legittimazione del giudice di rinvio a sollevare questioni relative all'interpretazione della normativa risultante dal principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione.

“Tutta una serie di puntualizzazioni e precisazioni concernono invece la sussistenza della giurisdizione o della competenza in capo al giudice *a quo*, il concreto esercizio di attività giurisdizionale e l'eventuale esaurimento del proprio potere decisorio” (pag. 35).

In primo luogo la Corte ha ribadito la legittimazione del singolo magistrato facente parte di un collegio, in relazione ad un dubbio concernente norme che egli nella sua specifica qualità (di istruttore, di giudice delegato, di presidente) debba applicare; ha escluso, invece, la legittimazione in un caso in cui sussisteva un vizio macroscopico di instaurazione del giudizio principale (nella specie l'atto introduttivo del giudizio era stato presentato dalla parte senza l'assistenza di un difensore) o nei casi di manifesta carenza di giurisdizione o competenza.

Quanto a quest'ultimo profilo, Romboli ribadisce come “a conferma dell'autonomia del giudizio costituzionale rispetto a quello comune, la Corte ha, in varie occasioni, tenuto a ribadire che il vizio o la mancanza di competenza-giurisdizione deve risultare assolutamente palese e manifesto, cioè tale da non ammettere discussione, o perché risulta chiaramente dalla legge ovvero perché corrisponde ad un inequivoco orientamento giurisprudenziale, soffermandosi in alcuni casi sulla necessità che sussista una motivazione in proposito da parte del giudice e che la stessa risulti plausibile” (pag. 37). Tuttavia Romboli mette in evidenza anche, quanto ai rapporti tra i due giudizi, come “a volte” la Corte abbia “dato l'impressione di entrare eccessivamente nelle vicende del giudizio *a quo*”, richiedendo una specifica motivazione in ordine alla competenza (pag. 38).

La mancata legittimazione al sollevamento della questione di costituzionalità è stata spesso nel triennio fondata sulla carenza del potere decisorio del giudice.

Romboli mette in evidenza altresì la importanza del riconoscimento della legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di costituzionalità in sede cautelare (ord. n. 25/2006) e il rigetto della eccezione dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui l'adozione del provvedimento cautelare esaurirebbe il potere decisorio. Più specificatamente la Corte costituzionale “ha cercato di conciliare il rispetto del requisito della rilevanza (...) e la necessità di una tutela immediata del diritto coinvolto” che potrebbe rischiare di risultare compromesso dall'esigenza di attendere la definizione del giudizio costituzionale, elaborando quindi il modello del provvedimento cautelare provvisorio e del contestuale sollevamento della questione di costituzionalità.

Quanto alla nozione di “giudizio”, la Corte ha negato tale natura al procedimento di registrazione dei periodici da parte del magistrato delegato dal Presidente del Tribunale, posto che esso appare esclusivamente volto alla verifica della regolarità dei documenti presentati e che il magistrato è chiamato a svolgere una funzione sostanzialmente amministrativa (ord. n. 170/2005).

117

8. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010): la problematica specifica del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario

Il paragrafo di interesse ai nostri fini del volume degli *Aggiornamenti* 2008-2010 contiene una significativa osservazione relativa alla legittimazione degli arbitri. Romboli, rilevando, infatti, una questione sollevata da un collegio arbitrale e decisa dalla Corte costituzionale (ord. n. 29/2008), osserva come il rischio, già rilevato negli *Aggiornamenti* 1999-2001, di una proliferazione di liti finte, a seguito del riconoscimento della stessa legittimazione degli arbitri, si sia rilevato “infondato”; in questo senso, con grande onestà intellettuale, Romboli riconosce come il proprio precedente timore non abbia trovato riscontro nel diritto vivente (pag. 40).

Inoltre in questo volume si dà atto di una serie di conferme, tra le quali la giurisprudenza secondo cui il giudice che ha sollevato questione di costituzionalità dopo aver fatto applicazione della disposizione indubitata deve ritenersi che abbia esaurito il proprio potere decisorio e quindi privo di legittimazione in concreto (pag. 40).

Quanto al problema generale dell'esaurimento, Romboli torna sulla specifica problematica del sollevamento della questione di costituzionalità in sede cautelare, posto che tale problematica appare intimamente connessa alla tutela dei diritti: "escludere la possibilità di concedere la tutela cautelare per attendere l'esito dell'incidente di costituzionalità potrebbe portare al definitivo sacrificio del diritto fatto valere nel giudizio a quo, mentre la concessione della tutela porterebbe, secondo i principi affermati in generale dalla giurisprudenza costituzionale, a dover ritenere che il giudice ha ormai fatto applicazione della norma impugnata e quindi è carente di poteri decisorii" (pag. 41). Romboli riconosce alla Corte costituzionale il merito di aver individuato un punto di equilibrio, una soluzione in concreto, attraverso la valorizzazione di "una nozione più ampia di rilevanza", avendo riconosciuto al giudice la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità in sede cautelare sia quando non decida sulla domanda cautelare sia quando provveda sulla domanda cautelare in via soltanto provvisoria; in quest'ultimo caso non può dirsi esaurito, infatti, il potere decisorio.

Quanto, invece, alla verifica della giurisdizione e della competenza del giudice, Romboli rispetto alle precedenti edizioni precisa come gli elementi della suddetta verifica siano due, ossia la natura manifesta della carenza di giurisdizione o competenza nonché la plausibilità della motivazione del giudice su tale profilo.

E' stato altresì rilevato che nel triennio in esame vi sono state "importanti precisazioni" (pag. 44) relative alla nozione di "giudizio"; la Corte ha avuto modo di riassumere la propria giurisprudenza. Più specificatamente la giurisprudenza costituzionale ha escluso la sufficienza del requisito soggettivo del "giudice", "di per sé solo" non "idoneo ad alterare la struttura di un procedimento e a connotarlo" come "giudizio"; "affinché la questione possa ritenersi sollevata nel corso di un giudizio,

l'applicazione della legge da parte del giudice deve essere caratterizzata da entrambi gli attributi dell'obiettività e della definitività, nel senso dell'idoneità (del provvedimento reso) a divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato, poiché è in questo caso che il mancato riconoscimento della legittimazione comporterebbe la sottrazione delle norme al controllo di costituzionalità” (pag. 44).

Romboli rileva, ad esempio, che in applicazione di tali principi la Corte ha escluso la legittimazione del giudice del registro delle imprese, mentre ha riconosciuto la legittimazione in sede di procedimento sommario, trattandosi pur sempre di un “giudizio”.

Un caso singolare è stato quello (oggetto di uno specifico lavoro di R. Romboli, *Il quorum strutturale per il referendum sulle leggi statutarie della Sardegna*, in *Quad. cost.*, 2009, 690 ss.) della questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Appello di Cagliari su una legge statutaria nel corso di un procedimento di verifica dei risultati del referendum oppositivo richiesto dalle minoranze. In tale vicenda la Corte ha negato la legittimazione ritenendo sussistente soltanto il requisito del “giudice” ma non anche quello del “giudizio”, posto che in tale procedimento il giudice svolgeva in realtà una funzione meramente formale e non una funzione giurisdizionale in senso proprio (sent. n. 164/2008). In merito Romboli osserva come “stante la difficoltà che simili leggi possano giungere al controllo della Corte costituzionale, viene da chiedersi se non fosse stato possibile, ed opportuno, che la Corte avesse fatto ricorso ad una nozione ‘sostanziale’ di ‘giudice’ e ‘giudizio’, nel senso di ritenere la Corte di Appello legittimata ai limitati fini del giudizio di costituzionalità, come già accaduto ad esempio per la Corte dei conti in sede di controllo”; peraltro mette in evidenza altresì, censurando per la seconda volta l'operato della Corte costituzionale, che essa avrebbe avuto la possibilità, in sede di un conseguente conflitto di attribuzioni, auto-sollevare questione di costituzionalità sulla stesse legge (pag. 47).

Romboli dedica poi un autonomo paragrafo ad una problematica già indagata negli *Aggiornamenti* 2002-2004, ossia a quella della legittimazione del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario.

Dopo la maturazione della giurisprudenza costituzionale restrittiva, che aveva negato tale legittimazione, per le ragioni già viste, “nel triennio in esame abbiamo assistito in proposito ad un intervento legislativo che mi pare possa ritenersi unico nel suo genere, ossia una legge che, intervenendo su un procedimento caratterizzato da elementi di giurisdizionalità accanto ad altri di natura amministrativa, ha inteso certamente aumentare i primi”; una modifica legislativa (art. 69 l. n. 69/2009) che ha riconosciuto espressamente la legittimazione del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario.

A tal proposito Romboli osserva come non interessi tanto prendere posizione sulla natura (giurisdizionale o amministrativa) del ricorso straordinario ma solo valutare le conseguenze specifiche in merito alla legittimazione. Qualora si dovesse prendere atto semplicemente della novazione della natura del “giudizio”, la Corte avrebbe dovuto limitarsi a riconoscere la legittimazione; qualora, invece, si fosse ritenuta irrilevante la qualificazione legislativa, la Corte avrebbe dovuto verificare in concreto la legittimazione “ai limitati fini” del giudizio costituzionale, accedendo quindi ad una nozione sostanziale di “giudice” e “giudizio”, ricostruite attraverso “un’attività interpretativa della Corte costituzionale, la quale, in ordine al suo processo ha svolto una funzione in larga parte ‘creativa’, giustificata in ragione del ruolo e della collocazione della Corte nel nostro sistema costituzionale” (tema su cui Romboli ha riflettuto nel suo *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 2995 ss.); Romboli ha peraltro evidenziato come l’uso della logica “ai limitati fini” rappresenti una eccezione “che di volta in volta la Corte costituzionale si è premurata di giustificare in nome della realizzazione di prevalenti valori costituzionali” (pag. 50).

Tuttavia Romboli ha messo in evidenza un problema ulteriore, quello relativo all’idoneità della fonte, con la quale il legislatore ha previsto la legittimazione del Consiglio di Stato, posto che il superamento della giurisprudenza costituzionale avrebbe dovuto concretizzarsi attraverso una legge costituzionale e non attraverso una mera legge ordinaria (pag. 50); del tema vi è stata occasione di discussione con il Professore, che mi

invitò scrivere un contributo specifico (N. PIGNATELLI, *Il ricorso straordinario: il legislatore impone alla Corte costituzionale la propria nozione di giudice a quo*, in *Quad. cost.*, 2009, 923 ss.).

9. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013): talune conferme e la “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario

Romboli apre anche gli *Aggiornamenti* 2011-2013 dando risalto ad alcune conferme, come la legittimazione riconosciuta all’Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione e agli arbitri nell’ambito dell’arbitrato rituale.

Quanto agli arbitri, viene fatto notare come la giurisprudenza costituzionale abbia ribadito come l’arbitrato costituisca un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l’applicazione obiettiva del diritto al caso concreto, ai fini della definizione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile; in questa logica è stata negata la legittimazione all’Arbitrato bancario finanziario (ord. 218/2011), perché organismo non istituito con legge, privo di garanzie di terzietà ed imparzialità e carente degli indici generali di giurisdizionalità.

121

Romboli rileva anche la negazione della legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo sulla gestione degli Enti locali (ord. n. 3772011), non titolare di una funzione giurisdizionale, posto che essa esercita un’attività di controllo collaborativo non diretta a dirimere in senso obiettivo una controversia.

Torna anche sulla legittimazione del “giudice” in sede cautelare e sulla problematica del controllo della Corte costituzionale sulla carenza di giurisdizione e competenza, ribadendo quanto osservato in via generale nelle precedenti edizioni degli *Aggiornamenti* e rilevando una stabilizzazione della giurisprudenza costituzionale (pag. 48-49).

Quanto, invece, alla nozione di “giudizio”, è stata negata la legittimazione al sollevamento della questione di costituzionalità in sede di reclamo proposto al Tribunale a seguito della impossibilità della trascrizione

con riserva della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare contenuta in un ricorso per separazione giudiziale, posta la natura amministrativa della funzione esercitata; viene segnalato anche che il solo caso che può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione, è quello relativo alla necessità di conformarsi ad una sentenza della Corte EDU (sent. 210/2013).

Romboli anche in questa edizione dedica un paragrafo autonomo alla problematica del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario (pag. 51 ss), attribuendo ad essa una rilevanza paradigmatica.

A tal proposito rileva una sorta di inversione rispetto alla Corte costituzionale come giudice *a quo*: “la Corte si era autoqualificata come giudice ai fini della pregiudiziale di costituzionalità, mentre lo aveva escluso per la pregiudiziale eurounitaria, mentre all’opposto il Consiglio di Stato, in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, era stato ritenuto legittimato al rinvio e non a sollevare questione di costituzionalità”.

122

Romboli ricorda come la Corte costituzionale avesse in passato negato la legittimazione al Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario (come analizzato negli *Aggiornamenti* 2002-2004); ricorda altresì (come esaminato negli *Aggiornamenti* 2008-2010) che successivamente il legislatore ha mutato il procedimento del ricorso straordinario e riconosciuto espressamente la legittimazione al sollevamento della questione di costituzionalità; rammenta quindi il dibattito apertosi in dottrina in ordine alla effettiva trasformazione o meno in senso giurisdizionale del giudizio sul ricorso straordinario.

Romboli osserva che “nella precedente edizione di questi Aggiornamenti” (quindi 2008-2010) “avevo avuto modo di sostenere che, qualora si fosse ritenuto di accedere alla tesi per cui, a seguito delle modifiche intervenute, potevamo parlare di un vero e proprio ‘giudizio’ (...) ne avremmo dovuto ricavare la conseguenza che la Corte, solo per questo, avrebbe dovuto mutare la sua giurisprudenza”, risultando inutile l’espressa legittimazione al sollevamento; “problemi maggiori si sarebbero dovuti porre nell’ipotesi in cui avessimo ritenuto di dover escludere, nonostante

la modifica legislativa intervenuta, la natura giurisdizionale del procedimento”. In questo caso l’ammissibilità della legittimazione avrebbe potuto essere solamente nella logica dei “limitati fini”.

Nel triennio è giunta la risposta della Corte ai quesiti posti con riferimento ad una questione sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di parere su ricorso straordinario al Presidente della Regione e poi ad una questione sollevata dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario.

Romboli rileva come la Corte (ord. n. 265/2013; 73/2014) abbia accolto la prima delle ipotesi sopra prospettate, ossia quella del mutamento della natura del ricorso straordinario, divenuto giurisdizionale, con la conseguente legittimazione al sollevamento della questione di costituzionalità; in questa logica il mutamento legislativo è risultato nella sostanza inutile e superfluo.

10. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016): altre conferme e la problematica della legittimazione della Cassazione in sede di enunciazione del principio di diritto

123

Romboli afferma come il triennio in esame “non ha fatto registrare mutamenti di rilievo in ordine alla legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale da parte di un giudice, nell’ambito di un giudizio, ma solamente una serie di conferme, con qualche interessante specificazione” (pag. 50).

Quanto alle specificazioni, viene rilevato come per la prima volta la Corte costituzionale abbia sollevato come giudice *a quo* una questione di legittimità nell’ambito del giudizio costituzionale in via principale (ord. n. 114/2014); tale novità è stata evidenziata anche dal Presidente Criscuolo nella relazione annuale. A tal proposito Romboli osserva anche che “come ampiamente prevedibile, e come per lo più già accaduto in tutte le ipotesi in cui la Corte ha assunto la veste di giudice *a quo*, la decisione è stata poi di accoglimento” (pag. 51).

Inoltre viene ribadita la legittimazione della Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione del bilancio con riguardo alle disposizioni di

legge che determinano effetti non consentiti dai principi posti a tutela degli equilibri economico-finanziari, sussistendo le seguenti condizioni già individuate dalla giurisprudenza costituzionale: applicazione di norme di legge, esito del procedimento vincolato al parametro normativo. In questa logica può dirsi che la funzione svolta dalla Corte dei conti sia analoga alla funzione giurisdizionale piuttosto che a quella amministrativa, “risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme di diritto oggettivo”. Peraltro, sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione è anche strumentale ad evitare zone franche di costituzionalità (sent. n. 181/2015).

Romboli rileva come sia altresì confermata la legittimazione degli arbitri nell'ambito dell'arbitrato rituale, con specifico riferimento alla disciplina sulla composizione del collegio o sulla clausola compromissoria, nonché quella del giudice di rinvio avente ad oggetto la norma nel senso indicato dalla Cassazione con il principio di diritto, pur con la esclusione dello stesso giudice proprio nel caso in cui non debba fare alcuna applicazione della disposizione, quando la stessa sia applicata direttamente dalla stessa Cassazione (sent. n. 270/2014).

Risulta anche confermata la giurisprudenza relativa alla carenza di legittimazione del giudice in caso di esaurimento del potere decisorio. Con specifico riferimento alla tutela cautelare, Romboli, oltre a ribadire quanto specificato nelle precedenti edizioni, osserva, in relazione al giudizio amministrativo, che nel nuovo processo amministrativo la concessione della misura cautelare *ex art. 55, 11° comma, c.p.a.*, comporta l'instaurazione del giudizio di merito senza necessità di ulteriori adempimenti, con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale non è intempestiva rispetto a tale sede contenziosa, essendo ora il giudice provvisto di piena potestà decisoria (sent. n. 200/2014).

Romboli ribadisce altresì che il controllo della Corte sulla giurisdizione e sulla competenza del giudice *a quo* è espressivo del “modo in cui viene inteso il rapporto tra le vicende processali del giudizio a quo e la regolare instaurazione del processo costituzionale. In ragione di ciò la Corte tende sempre a sottolineare la necessaria presenza di due

elementi: che la carenza di competenza o di giurisdizione non risulti di tutta evidenza e che la motivazione del giudice circa la sussistenza della propria competenza sia plausibile e che la valutazione della Corte abbia carattere “esterno”, strumentale al riscontro della rilevanza della questione” (pag. 56).

Quanto, invece, alla nozione di “giudizio”, Romboli evidenzia l’importanza della questione sollevata dalla Cassazione nell’ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge *ex art. 363, 3° comma, c.p.c.*, posto che in relazione a tale questione doveva essere verificata la natura giurisdizionale del procedimento d’ufficio nel quale la questione era stata sollevata. In realtà lo stesso Romboli (come già osservato in *La legittimazione della cassazione a sollevare questione di costituzionalità nell’ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta Online*, 5.5.2015, 352 ss.), intervenendo in un fervente dibattito soprattutto della dottrina processualcivilitica, ha affermato come “al di là della complessa questione della natura del procedimento *ex art. 363 c.p.c.*, ampiamente discussa e controversa nella dottrina processualcivilitica, per le strette finalità del processo costituzionale era stata sottolineata la possibilità, per il Giudice costituzionale, di ricorrere ad una pronuncia di ammissibilità ‘ai limitati fini’ del giudizio costituzionale, come già accaduto in precedenti casi nei quali la Corte ha evitato di addentrarsi”. La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimazione della Corte di cassazione affermando come sia indubitabile la natura giurisdizionale della funzione di enunciazione del principio di diritto, quale massima espressione della funzione nomofilattica, quindi una giurisdizione anche di diritto oggettivo, nell’interesse dell’ordinamento (sent. n. 119/2015).

Romboli rileva anche come la giurisprudenza costituzionale abbia ribadito la natura giurisdizionale del procedimento di ricorso straordinario, alla luce delle novità introdotte dalla l. n. 69/2009, assimilabile quindi ad un giudizio (cfr. sent. n. 73/2014, ord. n. 266/2015, sent. n. 133/2016). Romboli rinvia all’ampia trattazione della problematica contenuta nelle precedenti edizioni degli *Aggiornamenti* (pag. 61).

11. Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019): una riflessione sulla nozione di giudice “ai limitati fini”

Romboli apre il paragrafo, rilevante ai nostri fini, degli *Aggiornamenti* 2017-2019 mettendo in evidenza come la Corte costituzionale abbia avuto modo di rilevare come le nozioni di “giudice” e “giudizio” siano state interpretate in modo elastico nei casi in cui l’organo rimettente si collocava a cavallo tra amministrazione e giurisdizione, al fine di superare le zone franche del controllo di costituzionalità (sen. 13/2019).

Più specificatamente, quanto alla nozione di “giudice”, Romboli rileva come vi siano state delle conferme (la legittimazione del giudice tutelare, del CNF, del Tribunale ordinario in funzione di giudice dell’esecuzione); più in generale afferma in modo assai efficace, ribadendo quanto sostenuto nelle precedenti edizioni, che “nella giurisprudenza costituzionale è possibile distinguere due diversi tipi di problemi: a) se l’autorità rimettente può farsi rientrare nella nozione di ‘giudice’ e il procedimento in corso in quella di ‘giudizio’; b) se, esclusa la ipotesi sub a), possa ugualmente essere riconosciuta la legittimazione accedendo ad una nozione sostanziale di giudice ossia di un ‘giudice ai limitati fini del giudizio di costituzionalità’” (pag. 43).

Quanto a quest’ultima ipotesi, Romboli afferma che il triennio offre una serie di ipotesi “di un certo rilievo”, tra le quali il riconoscimento della legittimazione della Corte costituzionale come giudice *a quo*, dei collegi arbitrali, della Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione del bilancio, la commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati.

Quanto a quest’ultimo organo (sent. n. 213/2017), in realtà Romboli rileva la stringatezza (“stringatissima”) della motivazione sulla legittimazione della commissione come organo di autodichia chiamato a svolgere in posizione *super partes* funzione giurisdizionale per la decisione delle controversie.

La Corte costituzionale ha, invece, negato la legittimazione all’A-gcm (sent. n. 13/2019), definendo così una questione che Romboli definisce “più complessa e discussa”. In tale occasione la Corte ha affermato la carenza del requisito della terzietà, posto che essa è parte del processo

amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, non potendo quindi essere considerata *super partes*, e più in generale posto che la funzione esercitata ha carattere sostanzialmente amministrativo, comportando la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco.

Nel triennio inoltre è stata confermata la giurisprudenza relativa all'esaurimento del potere decisorio e sulla sussistenza della giurisdizione e della competenza; quanto ai presupposti processuali, viene segnalata anche la pronuncia in cui la Corte costituzionale ha escluso di poter sindacare la carenza di integrità del contraddittorio nel giudizio *a quo* (Corte cost. n. 120/2018).

Romboli valorizza inoltre in modo particolare la decisione con cui la Corte costituzionale (sent. n. 6/2018) ha dichiarato la carenza di legittimazione della Corte di cassazione, alla quale non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabili adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda, arginando così la lettura evolutiva della Cassazione della nozione di giurisdizione di cui all'art. 111, 8° comma, Cost., a tutela dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni.

127

Quanto alla nozione di “giudizio”, Romboli segnala altresì come la Corte costituzionale abbia esteso le conclusioni da essa raggiunte con riferimento alla legittimazione del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana (sent. n. 37/2017), riprendendo un tema diffusamente esaminato nelle precedenti edizioni.

12. Una notazione finale alla luce del Manuale di *Giustizia costituzionale*

L'analisi condotta sul campo da Romboli negli *Aggiornamenti* ha trovato una sintesi e alcuni criteri interpretativi nel Manuale di *Giustizia costituzionale* (ultima edizione 2018), anche in riferimento alla nozione di “giudice” e “giudizio”.

In particolar modo Romboli afferma come tali nozioni, quali condizioni legittimanti il giudizio costituzionale incidentale, sono state elaborate dalla giurisprudenza costituzionale, che ha “risentito in qualche misura del particolare momento in cui si trovava ad operare e dei rapporti instaurati con l'autorità giudiziaria”.

Nel *Manuale* si trova quindi la ricostruzione della traiettoria della giurisprudenza costituzionale e la distinzioni per fasi, come emersa nei paragrafi precedenti, da cui si desume una progressiva restrizione dei presupposti di legittimazione. Più in particolare Romboli mette in evidenza come la giurisprudenza non ha più ritenuto sufficiente che la questione sia sollevata da un “giudice” nell'atto di applicare una disposizione (elemento soggettivo), esigendo che ciò avvenga nel corso di un procedimento avente carattere giurisdizionale (elemento oggettivo); in questa sede si ribadisce come la Corte solo raramente ha ritenuto di accogliere una nozione funzionale e sostanziale di giudice ai soli e limitati fini del giudizio di costituzionalità, ritenendo quindi sufficiente la sussistenza dell'esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge da parte di soggetti estranei all'organizzazione della giustizia (come per la stessa Corte costituzionale come giudice *a quo*, la sezione disciplinare del CSM, gli arbitri, il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario, la Commissione giurisdizionale per il personale della Camera).

Quanto alla nozione di “giudizio”, evidenzia come esso sia sempre stato inteso nel senso di un procedimento di natura giurisdizionale, negando il sollevamento della questione nell'ambito di procedimenti aventi carattere amministrativo.

Un giudizio ancora “senza parti”. L'intervento di terzi nel processo costituzionale sulle leggi e il contributo di Roberto Romboli per un allargamento del contraddittorio

✍ EMANUELE ROSSI*

1. L'intervento di terzi nel giudizio costituzionale nei primi studi di Roberto Romboli

Tra i numerosissimi temi affrontati da Roberto Romboli (da ora in poi, RR) in materia di processo costituzionale, vorrei dedicare qualche considerazione al profilo dell'intervento di terzi nel giudizio davanti alla Corte, con particolare riguardo al giudizio (*recte*: ai giudizi) sulle leggi¹. Mi pare questo un tema sul quale le proposte formulate da RR, già diversi anni orsono, siano di sicuro rilievo attuale, e soltanto in parte recepite ad oggi dalla Corte costituzionale italiana (sia nella propria giurisprudenza che mediante la propria attività regolativa).

129

Sul tema, lo si ricorda, è recentemente intervenuta una novella delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, di cui si dirà, che ha forse costituito un'occasione mancata per percorrere i sentieri indicati con chiarezza dal nostro Autore in vista di un allargamento del contraddittorio coerente con i presupposti del giudizio quale si è venuto configurando in sessantacinque anni di attività del Giudice delle leggi.

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

1 Il tema è stato attentamente analizzato, con riguardo a tutti i soggetti coinvolti nel processo costituzionale, nel recente lavoro di A. PERTICI, *Brevi note sul contraddittorio nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale tra quasi amici* (interessati) e nuovi amici, in Aa. Vv., *Il contributo di Roberto Romboli allo studio della giustizia costituzionale attraverso gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Livorno, 2020, 129 ss.

Nel volume dedicato a *Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio senza parti* (Giuffré, Milano, 1985), che costituisce la seconda monografia della sua intensa produzione scientifica (la prima era stata dedicata al principio del giudice naturale precostituito per legge²), RR dedica specifica attenzione al tema in questione (sia, e soprattutto, con riguardo al giudizio in via incidentale, ma non tralasciando di esaminare i profili peculiari anche di quello in via principale), giungendo a formulare ipotesi, di particolare interesse, per un possibile allargamento del contraddittorio.

Prendendo le mosse dai lavori preparatori della legge n. 87/1953, RR osserva come il tema dell'intervento di terzi fosse stato in quella sede solo marginalmente affrontato: ed in particolare relativamente all'ipotesi di rendere possibile un intervento *ad adiuvandum*: un emendamento finalizzato a tale obiettivo fu tuttavia respinto dalla maggioranza dei componenti della Camera dei deputati, sulla base del motivo per cui esso avrebbe snaturato il giudizio davanti alla Corte, producendo lo strano caso di un interveniente privo dell'interesse ad agire³.

Il testo della legge conteneva un articolo, inserito tra le norme generali di procedura (art. 20), che si limitava a stabilire come, nei procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale, la rappresentanza e la difesa delle parti debba essere affidata soltanto ad avvocati abilitati al patrocinio innanzi alla Corte di cassazione; si stabiliva inoltre che gli organi dello Stato e delle Regioni hanno diritto di intervenire in giudizio e che il Governo, anche quando intervenga nella persona del Presidente del Consiglio dei ministri o di un Ministro a ciò delegato, è rappresentato e difeso dall'Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto.

Con specifico riferimento al giudizio in via incidentale, l'art. 23, quarto comma, ha imposto all'autorità giurisdizionale rimettente di notificare, a mezzo della cancelleria, l'ordinanza (di trasmissione degli atti

2 R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano, 1981.

3 R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio senza parti*, Milano, 1985, 45.

alla Corte costituzionale), qualora non ne sia data lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa e al pubblico ministero (laddove il suo intervento sia obbligatorio) nonché al Presidente del Consiglio dei ministri o al Presidente della Giunta regionale a seconda che sia in questione una legge o un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione.

Infine, l'art. 25, commi secondo e terzo, ha permesso alle parti di esaminare gli atti depositati nella cancelleria e di presentare le loro deduzioni entro venti giorni dall'avvenuta notificazione dell'ordinanza e, nel medesimo termine, al Presidente del Consiglio dei ministri e al Presidente della Giunta regionale di intervenire in giudizio e presentare le loro deduzioni.

Con riguardo poi al giudizio in via principale, l'art. 34, secondo comma, ha prescritto per esso l'osservanza, se applicabili, delle disposizioni contenute negli artt. 23, 25 e 26.

Sin qui, dunque, la legge n. 87/1953.

131

Ulteriori disposizioni regolatrici sono state dettate, successivamente, mediante le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, pubblicate nella Gazzetta ufficiale del 24 marzo 1956. In particolare, l'art. 3 (*“Costituzione delle parti”*) disponeva che la costituzione delle parti nel giudizio davanti alla Corte dovesse aver luogo nel termine di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale, mediante deposito in cancelleria della procura speciale, con l'elezione del domicilio; e che, nel medesimo termine, si potessero produrre nuovi documenti relativi al giudizio di legittimità costituzionale.

Ancora, l'art. 4 nella sua versione originale⁴ (*“Intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri e del Presidente della Giunta regionale”*), stabilì che l'intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri dovesse realizzarsi mediante il deposito delle deduzioni,

⁴ Delibera 16 marzo 1956 della Corte costituzionale, in *Gazzetta ufficiale* n. 71 del 24 marzo 1956, ed. spec.

sottoscritte dall'Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto, mentre il Presidente della Giunta regionale potesse intervenire depositando, oltre le deduzioni, la procura speciale rilasciata a norma dell'art. 3, contenente l'elezione del domicilio in Roma. Di ciò il cancelliere deve dare comunicazione alle parti costituite.

Furono inoltre definite le regole per il deposito degli atti del processo (art. 6), e delle memorie (art. 10). Secondo quanto stabilito dall'art. 17, comma 2, in udienza pubblica, dopo la relazione tenuta dal Giudice designato dal Presidente, i difensori delle parti possono esporre "succinatamente i motivi delle loro conclusioni".

Con riguardo specifico al giudizio di legittimità costituzionale in via principale, l'art. 23, comma 3, stabiliva che la parte convenuta (vale a dire il Presidente del Consiglio dei ministri nell'ipotesi di ricorso promosso da una regione o provincia autonoma; il Presidente della Giunta regionale o provinciale nel caso di ricorso statale⁵) potesse costituirsi in cancelleria entro il termine perentorio di trenta giorni dalla scadenza del termine stabilito per il deposito del ricorso, con memoria contenente le conclusioni e l'illustrazione delle stesse; mentre l'art. 25 rinviava agli artt. 5, 6, 7, 8, 9, secondo, terzo, quarto comma, 10 a 21.

Sulla base di tale quadro normativo di riferimento, osserva RR che –nel giudizio in via incidentale– il tema del possibile intervento nel processo costituzionale di soggetti diversi da quelli cui viene notificata l'ordinanza di rimessione può essere articolato in tre argomenti più specifici, riguardanti l'intervento: *a*) di chi aveva diritto ad essere presente nel giudizio *a quo*; *b*) degli organi dello Stato e delle Regioni, nonché *c*) di terzi interessati ma estranei al processo principale⁶. Tralasciando le prime due ipotesi, con riguardo all'ultima (che l'A. ritiene quella di "maggior interesse"), RR osserva come la Corte, fino alla data della rilevazione operata nell'opera monografica (1985), abbia tenuto un atteggiamento di

5 Oppure anche, occorre dire, nell'ipotesi di ricorso di una regione nei confronti di un'altra regione: ipotesi che tuttavia non si è quasi mai realizzata.

6 R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 115.

netta chiusura (con due sole, limitate, eccezioni): e tuttavia, come rileva lo stesso, ciò non significa che la dichiarazione di inammissibilità dell'intervento escluda la rilevanza pratica sottesa alla richiesta, “dovendosi pensare che le deduzioni depositate verranno comunque lette dalla Corte” (affermazione la cui validità è ancora oggi valida, come si dirà). Proprio ad evitare ciò, sottolinea ancora l'A., in alcune pronunce la Corte ha precisato che gli atti e i documenti presentati da chi non era legittimato a intervenire non possono essere per nulla considerati, in quanto “*non sunt de hoc mundo*”⁷.

Con riguardo all'atteggiamento giurisprudenziale complessivo, e sul presupposto kelseniano per cui nel processo costituzionale dovrebbe emergere “il contrasto di interessi esistenti” relativamente a una data disposizione normativa, RR si domanda se “la presenza delle parti del processo *a quo* sia idonea e sufficiente a far emergere gli interessi sottesi alla questione di costituzionalità”, e se invece non fosse opportuno far partecipare al giudizio, proprio per tale finalità, “i sindacati o altre associazioni di categoria o di settore, in considerazione della loro organizzazione e della migliore conoscenza di quegli interessi ‘tipici’ che la Corte assume ad oggetto della sua decisione”. Coerentemente con tale posizione, l'A. si domanda se non si debba maggiormente valorizzare la pubblicazione dell'ordinanza di remissione nella Gazzetta ufficiale, “anche al fine di far trovare una tutela nel processo costituzionale ai c.d. interessi collettivi o diffusi, i quali cominciano ad essere riconosciuti ed a penetrare in procedimenti sicuramente meno adatti rispetto a quello costituzionale”⁸. In ogni caso, motiva ancora RR, sarebbe opportuno che la Corte adottasse criteri tali da escludere “la necessità di accertare, di volta in volta, la sussistenza dell'interesse ad intervenire”: prospettiva che potrebbe “snaturare la funzione ed il ruolo della Corte costituzionale”.

7 Il riferimento è alle decisioni n. 52 e 170 del 1984.

8 R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 123. Tale posizione era stata precedentemente sostenuta in dottrina facendo leva sul rinvio, operato dall'art. 22 della legge n. 87/1953 al regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato: v., fra gli altri, C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 662 ss.

Tornando, nelle conclusioni del proprio studio, su questi temi, dopo aver analizzato la rilevanza in concreto degli interventi dei vari soggetti nella giurisprudenza della Corte, l'A. giunge a escludere che, nel giudizio in via incidentale, la partecipazione dei tre soggetti previsti dalla normativa (giudice *a quo*, parti nel giudizio principale, Presidente del Consiglio dei ministri o Presidente della Giunta regionale) sia tale da assicurare "l'esistenza di un contraddittorio visto come contrasto tra specifici e concreti interessi"⁹, così che "i soggetti del processo costituzionale incidentale non possono qualificarsi quali parti di un processo contenzioso, ma sembrano meglio inquadrabili in una funzione di *amici curiae*, con il compito di collaborare con la Corte costituzionale". Ma questa configurazione non viene ritenuta, dall'A., appagante, considerato il prevalere dell'interesse pubblico nel processo incidentale: così che egli ribadisce quanto già accennato, ovvero che "parrebbe auspicabile un ampliamento del contraddittorio, riconoscendo la possibilità di costituirsi anche a gruppi organizzati, associazioni di categoria, sindacati ecc., i quali, in ragione della loro organizzazione e dei fini che istituzionalmente perseguono, potrebbero con maggior efficacia e continuità rappresentare alla Corte gli interessi collettivi connessi al caso da decidere, visto questo nei suoi riflessi 'tipici'"¹⁰.

2. La giurisprudenza costituzionale sull'intervento di terzi prima e dopo la modifica delle Norme integrative del 2004.

Nel corso della propria giurisprudenza, come noto, la Corte, per molti anni, non ha ammesso terzi nel processo costituzionale in via incidentale (e neppure in quello in via principale, come si dirà), limitando l'apertura del contraddittorio, oltre che al Presidente del consiglio dei ministri e al Presidente della Giunta regionale, ai destinatari della notifica dell'ordinanza di rimessione. Ciò è avvenuto sulla base dell'interpretazione dei richiamati art. 23 e 25 della legge n. 87/1953 (e degli art. 2 e 3 delle Norme integrative).

9 R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 195.

10 R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 201.

Un mutamento di giurisprudenza si è realizzato, come lo stesso RR osserva nel *Manuale di giustizia costituzionale*¹¹, dapprima con la sentenza n. 20/1982 (peraltro relativa ad un caso assai particolare¹²), e in modo più esplicito nella sentenze n. 429/1991 e n. 314/1992, nella quale ultima si fonda l'esigenza di un'apertura del contraddittorio sul diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione, il quale impedisce “che vi sia un giudizio direttamente incidente su posizioni giuridiche soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di <difenderle> come parti nel processo stesso”. Tale principio è stato successivamente specificato con il ritenere che chi intenda costituirsi deve dimostrare “un interesse diretto e individualizzato, riconoscibile, nel caso di soggetti non aventi titolo a intervenire nel giudizio *a quo*, quando l'esito del giudizio di costituzionalità sia destinato a incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell'interveniente” (sentenza n. 412 del 1995).

Tralasciando i profili problematici che tale criterio ha aperto, merita comunque rilevare il netto cambio di prospettiva operato dalla Corte, e che certamente è andato, seppur molto timidamente, nella direzione auspicata da RR nel suo lavoro del 1985¹³. Lo stesso A. ne dimostra piena consapevolezza, segnalando il mutamento della giurisprudenza costituzionale fin dal titolo del relativo paragrafo relativo degli *Aggiornamenti* del 1996 (“*La partecipazione di terzi al giudizio costituzionale: dalla assoluta chiusura al progressivo ampliamento*”), rilevando peraltro come tale nuovo orientamento “impone ancora di più una netta motivazione dei provvedimenti relativi alla ammissibilità o meno delle richieste di costituzione

11 E. Malfatti - S. Panizza - R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, 121 (nonché nelle successive edizioni).

12 Si trattava infatti di un caso di auto-rimessione da parte della Corte che, in quanto tale, riguardava diritti di soggetti non coinvolti nel giudizio principale da cui era scaturita l'originaria questione di legittimità costituzionale: la Corte ha ritenuto pertanto necessario allargare il contraddittorio in ragione dell'allargamento del *petitum*.

13 Come sottolinea A. Pertici, *Brevi note sul contraddittorio*, cit., 142, vi sono state altre pronunce successive (la n. 223/1996, con cui fu ammesso l'intervento del Governo degli Stati Uniti sul celebre “caso Venezia”, e la n. 185/1998, sull'altrettanto celebre “caso Di Bella”), nelle quali l'apertura del contraddittorio risponde (come rileva lo stesso RR) ad evidenti esigenze di natura politica.

o di intervento e la necessità di una adeguata forma di pubblicità degli stessi”¹⁴.

Alla luce di tale mutamento di giurisprudenza, sostanzialmente confermato –sebbene non senza incertezze¹⁵– dalla giurisprudenza successiva, la stessa Corte ha successivamente provveduto, nel 2004, a novellare le Norme integrative, a partire dall’art. 4, di cui è stata modificata la rubrica (non più “Intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri e del Presidente della Giunta regionale” bensì “*Interventi in giudizio*”), e sono stati aggiunti due commi, in base ai quali si è stabilito che “eventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, devono aver luogo con le stesse modalità stabilite per gli interventi precedenti (deposito delle deduzioni¹⁶, sottoscritte dalla difesa tecnica), e che il cancelliere dà comunicazione dell’intervento alle parti costituite.

136

Chi, tuttavia, potesse attendersi da tale mutamento normativo un sostanziale cambiamento di giurisprudenza rimarrebbe deluso: e la puntuale rassegna condotta da RR nelle varie edizioni degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* ne dà puntualmente conto.

Già nella prima decisione emessa dopo la novella (ordinanza allegata alla sentenza n. 345/2005) la Corte sbarrò espressamente e decisamente la strada ad una possibile lettura ampliativa ricavabile dalla riforma, affermando che “la questione dell’ammissibilità dell’intervento nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale non risente in alcun modo delle modifiche apportate, nel 2004, alle Norme integrative per i

14 R. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1996, 116.

15 Si v. ad esempio il caso dell’ordinanza senza numero del 5 maggio 1998, puntualmente segnalata negli *Aggiornamenti* del 1999 (R. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, in R. Romboli (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1999, 126), dove senza motivazione vengono dichiarate inammissibili le richieste di intervento sostenendo che “alla luce dei precedenti della giurisprudenza costituzionale non sussistono ragioni per ammettere gli interventi” (analogamente, l’ordinanza n. 344 del 1998).

16 Con un’ulteriore modifica, introdotta nel 2008, si è precisato che le deduzioni devono essere “comprehensive delle conclusioni”.

giudizi davanti alla Corte Costituzionale, dal momento che l'art. 4, comma 3, si limita a disciplinare le modalità attraverso le quali si può spiegare intervento davanti alla Corte, ferma restando la competenza della Corte a decidere sull'ammissibilità¹⁷: si ricordi che in quell'occasione aveva dispiegato richiesta di intervento una quindicina di società operanti in ambito farmaceutico. Nel riportare il contenuto dell'ordinanza, RR osserva come essa esprima, da parte della Corte, “una valutazione estremamente –ed a mio avviso ingiustificatamente– riduttiva della modifica” adottata con la novella delle Norme integrative¹⁷.

Con riguardo alla giurisprudenza successiva, e limitandoci ad un riscontro meramente numerico, si trae dalle rassegne indicate che, dal 2004 ad oggi (vale a dire fino all'ulteriore modifica delle Norme integrative approvate nel 2020), i casi di soggetti terzi ammessi nel giudizio principale sono stati meno di 20 (per la precisione 19, se abbiamo tenuto bene i conti), a fronte delle 66 decisioni che hanno pronunciato l'inammissibilità di interventi richiesti. Con una media, dunque, di poco più di un intervento ammesso all'anno.

137

Tra i 19 casi ammessi, ben pochi possono essere ricondotti a quella categoria di “gruppi organizzati, associazioni di categoria, sindacati ecc.” cui RR faceva riferimento nel suo lavoro del 1985. Tra questi, e quasi a mo' di esempio limitandoci agli ultimi anni, possiamo richiamare alcuni tentativi esperiti con esito positivo.

Nella sentenza n. 180/2018 aveva dispiegato richiesta di intervento l'Unione delle Camere Penali Italiane su una questione riguardante una disposizione della legge in materia di diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 13 giugno 1990, n. 146), nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati stabilisca che nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione si proceda malgrado l'astensione del difensore solo ove l'imputato lo consenta: la Corte ritiene ammissibile l'intervento come terzo del soggetto indicato

17 R. ROMBOLI, *Il giudizio in via incidentale*, cit., 1999, 97.

in quanto “un’eventuale pronuncia di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sul giudizio *a quo* produrrebbe necessariamente un’immediata incidenza sulla posizione soggettiva dell’UCPI, ente rappresentativo degli interessi della categoria degli avvocati penalisti”.

La sentenza n. 13/2019 ha risolto una questione di costituzionalità relativa a due disposizioni con cui, a giudizio del giudice *a quo* (Collegio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)), sarebbero stati sottratti all’applicazione della legge antitrust gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare posti in essere dai consigli notarili. Nel corso del procedimento, aveva proposto intervento il Consiglio nazionale del notariato: la Corte lo ammette in quanto “la questione di legittimità costituzionale cade su disposizioni che esonerano dall’ambito di applicazione delle norme sugli illeciti concorrenziali gli atti dei consigli notarili funzionali al promovimento del procedimento disciplinare, e il Consiglio nazionale del notariato è per legge attributario del compito, di rilievo pubblicistico, di elaborazione dei principi e delle norme deontologiche applicate in sede disciplinare dai consigli medesimi; e, dall’altro, il CNN è rappresentante istituzionale del notariato italiano”.

Nelle argomentazioni che –al contrario– sono poste a fondamento di dichiarazioni di inammissibilità si precisa che eventuali interventori possano essere ammessi quando vantino “un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura”, specificando che tale orientamento ha valore “anche con riguardo alla richiesta di intervento da parte di soggetti rappresentativi di interessi collettivi o di categoria”. Così, in una decisione del 2018 (ordinanza allegata alla sentenza n. 194/2018), un sindacato (la CGIL), è stata escluso in quanto “oltre a non essere parte del giudizio principale, non è titolare di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, che ne legittimi l’intervento, atteso che essa non vanta una posizione giuridica suscettibile di essere pregiudicata immediatamente e irrimediabilmente dall’esito del giudizio incidentale bensì un mero indiretto, e più generale,

interesse connesso agli scopi statutari di tutela degli interessi economici e professionali dei propri iscritti”¹⁸.

Analogamente, qualche anno prima, la sentenza n. 440/2005 aveva escluso, direttamente nella motivazione, l'intervento spiegato dall'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili (ANMIC) relativamente a questioni di costituzionalità concernenti l'amministratore di sostegno: per la Corte l'associazione in questione non è “titolare di alcun interesse diretto e qualificato nei giudizi *a quibus* (cui è rimasto estraneo), in quanto portatore di un mero interesse diffuso della categoria dei disabili”. A ribadire, dunque, che l'essere portatore di “un mero interesse diffuso” non legittima un soggetto ad intervenire (ma lo legittima ora, come si vedrà, ad essere *amicus curiae*).

Come può notarsi dagli esempi riportati (peraltro significativi di una tendenza riscontrabile anche nelle altre decisioni relative a soggetti portatori di interessi collettivi o diffusi), i criteri utilizzati dalla Corte sono riferiti all'esclusiva ipotesi in cui l'eventuale decisione di incostituzionalità delle disposizioni censurate sia idonea a produrre conseguenze dirette sui soggetti ammessi.

139

Nessuna apertura, dunque, sembra evincersi nella giurisprudenza della Corte all'esigenza di far emergere nel giudizio “il contrasto di interessi esistenti” relativamente a una data disposizione normativa, cui si era riferito RR nel richiamare la posizione di Kelsen.

Anche nel giudizio in via principale l'atteggiamento della Corte è stato di costante chiusura ad interventi di terzi: tanto da far ritenere che esso si configuri non soltanto come un giudizio “a parti necessarie”, ma anche come giudizio “a parti esclusive”. La Corte è infatti costante nell'affermare che “il giudizio di legittimità costituzionale in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando

18 Analogamente, in precedenza, si vedano le ordinanze dibattimentali allegate alle sentenze nn. 120 del 2018, 250 e 35 del 2017.

per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili”.

Da segnalare al riguardo un caso verificatosi nel 2018 (risolto con l’ordinanza dibattimentale allegata alla sentenza n. 5/2018, relativa a una normativa statale in materia di vaccinazioni obbligatorie, cui si era opposta la Regione Veneto), ove i richiedenti l’intervento avevano provato a “forzare” la chiusura richiamando alcuni precedenti della Corte. Nel relativo giudizio avevano proposto intervento alcune associazioni ed anche una persona fisica (qualificata dalla sentenza come “genitore del minore L. C.”), le quali avevano chiesto l’accoglimento del ricorso, ed alcune tra esse anche la sospensione delle disposizioni censurate. A sostegno della propria richiesta di poter intervenire, questi soggetti avevano invocato alcuni precedenti relativi ad altri tipi di giudizio: in particolare cinque ordinanze relative a giudizi di ammissibilità del referendum abrogativo (ordinanze n. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005), altre pronunce emesse in giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, e un’altra ancora che la Corte afferma essere stata emessa in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri (e che, invece, riguardava un conflitto tra enti: sentenza n. 76/2001). La Corte respinge la richiesta di intervento ritenendo che tali precedenti non valgono in quanto “non sono pertinenti nel caso odierno”. Una motivazione in verità un po’ troppo ermetica e fors’anche tautologica: era evidente infatti –immagino anche ai difensori degli intervenienti– che si trattava di giudizi diversi, ma evidentemente chi aveva indicato quei precedenti intendeva dimostrare che ragioni di analogia imponevano di considerarli rilevanti anche per il giudizio in via d’azione. Ragione che avrebbe dovuto indurre la Corte a rispondere più compiutamente sull’impossibilità (se tale la riteneva) di estendere a questo tipo di giudizio quanto ammesso in altri. Dall’ordinanza in questione, infatti, si comprende che tale estensione non è ritenuta possibile, ma la ragione per cui ciò è dichiarato non è indicata.

3. Le Norme integrative del 2020 e le valutazioni di RR

In forza di quanto sin qui esposto, a leggere il comunicato con cui la Corte ha annunciato all’opinione pubblica l’ulteriore modifica delle

Norme integrative del 2020 ci si sarebbe potuti attendere un radicale cambio di prospettiva, potendosi immaginare che finalmente la Corte intendesse aderire alla prospettiva indicata da RR 35 anni fa. Sotto il titolo “La Corte si apre all’ascolto della società civile” si legge infatti che “anche la società civile, d’ora in poi, potrà far sentire la propria voce sulle questioni discusse davanti alla Corte costituzionale. Lo ha deciso la Consulta con una delibera dell’8 gennaio 2020, modificando le norme che regolano i suoi giudizi”.

Le nuove Norme integrative hanno effettivamente costituito un’innovazione profonda sul giudizio di legittimità costituzionale, come le parole del comunicato sembrano far intendere? Merita considerarle con attenzione, per poter valutare se esse abbiano dato un’adeguata risposta alle esigenze prospettate dal nostro Autore fin dal 1985.

La prima modifica introdotta riguarda il più volte richiamato art. 4, che viene confermato nella formulazione introdotta nel 2004, ed al quale vengono aggiunti due commi: il primo che costituisce una esplicitazione di quanto già contenuto nella precedente versione del comma 3¹⁹, ed un ulteriore (il settimo) nel quale si stabilisce *–esclusivamente nel giudizio in via incidentale–* che “possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto dedotto in giudizio”.

141

Con riguardo a tale ultima previsione si è posto un dubbio relativamente alla generale ammissibilità di interventi di terzi anche nel giudizio in via d’azione, atteso che l’art. 23 rinvia –in relazione a tale ultimo giudizio– all’art. 4 commi da 1 a 6, quindi escludendo il richiamato comma 7: un’esclusione che si potrebbe porre in connessione logica con la previsione in quest’ultimo contenuta, in cui la possibilità di intervenire per i titolari di un interesse qualificato è espressamente riferita, come detto, al *giudizio in via incidentale* e l’interesse deve essere inerente al *rapporto dedotto in giudizio*.

19 Ovvero che spetta alla Corte decidere sull’ammissibilità degli interventi.

Secondo autorevole dottrina²⁰, tuttavia, l'esclusione per il giudizio in via d'azione del rinvio al comma 7 farebbe propendere per l'inapplicabilità della disciplina (complessiva) degli interventi al giudizio in via principale (oltre che ad altri giudizi).

Come ho cercato di argomentare in altra circostanza²¹, a me pare che la norma (art. 23, che rinvia all'art. 4) sia chiara nel ritenere possibile l'intervento di terzi anche nel giudizio in via d'azione²², e che tuttavia il mancato richiamo del comma 7 ponga in effetti un problema²³, giacché restano indeterminati i criteri in base ai quali l'ammissibilità (o l'inammissibilità) dovrebbe essere valutata. Criteri che non potranno consistere nella titolarità di "un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio", in quanto essi sono espressamente riferiti al (solo) giudizio in via incidentale. E dunque il comma 6, che riserva alla Corte la decisione sull'ammissibilità degli interventi, deve intendersi come l'attribuzione di un potere discrezionale, che la Corte dovrà modellare con la propria giurisprudenza. Si può dire al riguardo, riprendendo la distinzione proposta da Pugiotto, che in tale circostanza la Corte ha deciso di non avvalersi dei propri poteri di auto-normazione per riservarsi spazio di manovra mediante la giurisprudenza²⁴.

Dunque, in conclusione, la novella delle Norme integrative ribadisce la possibilità di interventi di terzi anche nel giudizio in via d'azione e apre alla possibilità di *amici curiae* e di audizione di esperti nel medesimo giudizio. Ma in che senso le due previsioni devono coordinarsi, almeno secondo

20 M. LUCIANI, L'incognita delle nuove norme integrative, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 420 nota 97.

21 E. ROSSI, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle Norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 406 ss.; ed anche in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2020, 1057 ss.

22 Analogamente G. L. Conti, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, 78, il quale successivamente afferma, tuttavia, che l'esclusione del comma 7 dal rinvio dell'art. 23 "stabilisce in via generale e astratta che l'intervento del terzo è ammissibile unicamente ai giudizi in via incidentale".

23 In tal senso anche A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 430.

24 A. PUGIOTTO, op. cit., 428.

il giudizio della Corte costituzionale? La giurisprudenza che si è formata sino ad oggi ha offerto una risposta a tale domanda, come subito si dirà.

La seconda novità introdotta con la novella delle Norme integrative nel 2020 riguarda l'accesso agli atti processuali da parte dei terzi che hanno chiesto di intervenire. Mediante l'introduzione dell'art. 4-bis, si stabilisce che il terzo che chieda di intervenire, “nel caso in cui intenda prendere visione e trarre copia degli atti processuali, deposita contestualmente all'atto di intervento apposita istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente l'ammissibilità dello stesso”. A seguito di ciò, il Presidente, sentito il relatore, fissa con decreto la trattazione dell'istanza in camera di consiglio per la sola decisione sull'ammissibilità dell'intervento, con possibilità per le parti costituite di depositare sintetiche memorie concernenti esclusivamente la questione dell'ammissibilità dell'intervento: dopo di che, la Corte decide con apposita ordinanza.

Anche in merito a tale innovazione, RR osserva che non di vera novità si tratta, quanto del recepimento in via normativa del contenuto di una circolare del Presidente della Corte costituzionale del 21 novembre 2018, peraltro con una precisazione che l'A. sottolinea positivamente: mentre infatti la circolare attribuiva al Presidente della Corte la facoltà di convocare una riunione della camera di consiglio “ove ciò sia possibile” e “comunque ove lo ritenga opportuno”, la formulazione dell'art. 4 bis elimina tale discrezionalità.

143

Per comprendere adeguatamente la portata della innovazione introdotta, occorre ricordare quanto più volte si è rilevato (e che RR aveva rilevato già nel lavoro del 1985), ovvero come a fronte del rifiuto sistematico delle richieste di intervento formulate da terzi si è portati a constatare la non irrilevanza delle argomentazioni da questi addotte ai fini della decisione del giudizio. Sovente, infatti, la Corte mostra di considerare, anche nella pronuncia, le memorie presentate dai soggetti intervenienti (sebbene “senza alcuna garanzia ed in base ad una valutazione unilaterale”²⁵):

25 Come nota L. PANZERI, *La problematica posizione dei soggetti privati o portatori di interessi qualificati nel giudizio sulle leggi in via d'azione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1686, auspicando altresì una razionalizzazione di tale prassi, “proprio al fine di

e ciò non soltanto con riguardo ai profili inerenti alle argomentazioni avanzate a sostegno dell'ammissibilità dello stesso intervento ma anche agli aspetti concernenti il merito del giudizio²⁶. In altri termini, l'affermazione sopra riportata e contenuta in risalenti pronunce per cui gli atti e i documenti presentati da chi non era legittimato a intervenire "*non sunt de hoc mundo*" non pare essere seguita.

E ciò trova infatti riscontro nella procedura normalmente seguita: la Corte, infatti, dichiara l'inammissibilità dell'intervento non soltanto dopo che le parti hanno depositato le proprie memorie, ma anche successivamente alla discussione in udienza pubblica, nel corso della quale "i difensori" (quindi anche quelli delle parti che richiedono di intervenire, "di regola non più di due per parte" come ora stabilisce il novellato art. 16 comma 2) "svolgono in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni". E ciò spiega forse anche la ragione per cui nei giudizi di costituzionalità continuano a dispiegarsi le richieste di intervento.

144

Tale possibilità non sembra tuttavia essere preclusa con la novella delle Norme integrative: le quali riguardano infatti soltanto l'ipotesi in cui il potenziale interveniente intenda prendere visione degli atti processuali. Se, al contrario la parte rinuncia a tale possibilità, nulla cambia²⁷: essa potrà costituirsi normalmente, esponendo le deduzioni comprensive delle conclusioni (e magari confidando in qualche avvocato amico che le consenta di leggere gli atti di causa...), dando la possibilità a giudici

ufficializzare il contributo dei terzi all'accertamento dei legislative facts ed assicurarne la massima trasparenza".

26 Analoghi rilievi sono svolti da M. D'AMICO, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in R. BALDUZZI / P. COSTANZO (cur.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, spec. 253. Osserva anche M. Luciani, op. cit., 421, che "discernere le deduzioni nel merito da quelle attinenti all'ammissibilità dell'intervento è tutt'altro che agevole".

27 Come ammette esplicitamente lo stesso Presidente della Corte Giorgio Lattanzi nel Provvedimento del 2018 richiamato, in cui si precisa che in tale circostanza all'interveniente "sarà comunicata solo la parte degli scritti difensivi provenienti dagli altri soggetti processuali avente ad oggetto la questione dell'ammissibilità dell'intervento". Nel senso indicato nel testo anche M. LUCIANI, op. cit., 421, mentre per G. L. Conti, op. cit., 87, tale interpretazione della novella delle Norme integrative sarebbe "piuttosto speciosa".

e assistenti di continuare ad esaminare le memorie presentate²⁸ e la decisione sull'ammissibilità avverrà in udienza, esattamente come è sempre avvenuto.

La parte forse più innovativa della novella del 2020 riguarda il recepimento dell'istituto dell'*amicus curiae*: si prevede infatti che “le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta” di non più di 25.000 caratteri, spazi inclusi. Qualora ciò avvenga, un decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, dichiara ammissibili “le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità” e tale decreto viene trasmesso alle parti costituite ed è pubblicato nel sito della Corte costituzionale. La norma precisa inoltre che “le formazioni sociali e i soggetti istituzionali le cui opinioni sono state ammesse (...) non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza”.

145

Con riguardo a tale innovazione, RR in primo luogo sottolinea la differenza tra i terzi ammessi a intervenire e gli *amici curiae*: soltanto i primi, infatti, assumono la qualità di parte, possono ottenere copia degli atti e partecipare all'udienza. Il che potrebbe rendere possibile, sostiene lo stesso, che alcuni soggetti aventi i requisiti per essere *amici curiae* presentino anche richiesta di intervento, stante anche il medesimo termine previsto nei due casi. Inoltre, il Nostro rileva l'ampia discrezionalità riconosciuta al Presidente della Corte (cui è affidato il potere di decidere

28 Come sottolineano T. GROPPi, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi ed amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 382; C. GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020; A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amici curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati*, 23 gennaio 2020, che parla al riguardo di una “forma ufficiosa di partecipazione”; F. DAL CANTO, *Il giudizio in via principale nella novella delle Norme integrative del gennaio 2020*, in *Consultaonline*, n. 2/2020, 328, che usa l'espressione di “interventi non ammessi ma informalmente ascoltati”.

chi ammettere e chi no, mentre sulla richiesta di intervento si pronuncia il collegio mediante ordinanza), sottolineata anche da altri in dottrina²⁹.

Ma l'innovazione introdotta potrebbe far intendere una volontà della Corte: quella che, chiusa la porta dell'intervento di terzi, per alcuni dei soggetti potenzialmente interessati ad intervenire in quanto portatori "di interessi collettivi o diffusi" si potrebbe aprire la prospettiva di proporsi come *amici curiae*. Ipotesi che è stata da ultimo avanzata in dottrina, ma che certo –se anche fosse– si configurerebbe come un'opzione "di ripiego"³⁰ (considerati anche i limiti imposti dalla stessa disposizione delle Norme integrative), e comunque conseguente a una diversa legittimazione alla partecipazione³¹: e che comunque non costituisce un'apertura *del giudizio*.

29 Cfr., tra gli altri, S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 391, per il quale "una stringente selezione delle voci in sede di ammissibilità espone il Giudice costituzionale a un uso pletorico delle argomentazioni ab extra e, quindi, all'accusa di partigianeria". Anche secondo T. GROPPi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consultaonline*, n. 1/2019, 140, "resta aperta la questione di come introdurre un qualche criterio di ammissibilità, lasciando allo stesso tempo ampia discrezionalità alla Corte".

30 F. DAL CANTO, op.cit., 328. Giustamente osserva M. LUCIANI, op. cit., 420 che il principio di utilità degli apporti al processo costituzionale, sancita con l'apertura agli amici curiae, dovrebbe essere applicato a *fortiori* agli interventi di terzi che si trovino nelle medesime condizioni.

31 Cfr., sul punto, C. NAPOLI, *Il contributo argomentativo-collaborativo dell'intervento del terzo e l'evoluzione del giudizio incidentale*, in E. BINDI - M. PERINI - A. PISANESCHI (cur.), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti*, Torino, 2008, 409 ss. Se infatti il fondamento dell'intervento è costituito dal diritto di difesa ex art. 24 Cost., nel caso di amici curiae l'esigenza che si vuole garantire è il contributo argomentativo che può essere offerto alla decisione della Corte (in tal senso C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, 201; A. M. Lecis, op. cit.; A. PERTICI, *Brevi note sul contraddittorio*, cit., 155, il quale ultimo prospetta che il nuovo sistema possa configurarsi più in una logica di indagine conoscitiva) ovvero, secondo altri, a finalità partecipativo-rappresentative (S. BARBARESCHI, op. cit., n. 2/2020, 391). Netamente contrario a tale ultima prospettiva è M. LUCIANI, op. cit., 410, per il quale "il processo, fosse pure quello costituzionale, non è il luogo della partecipazione democratica". Sulla distinzione tra le due figure anche T. GROPPi, *Verso un giudizio costituzionale "aperto"?*, cit., 374. Una diversa prospettiva è stata avanzata da P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consultaonline*, n. 1/2019, 120 ss., che nel ritenere non superabile la chiusura della Corte sull'intervento di terzi, invita a valorizzare i poteri istruttori al fine di audire soggetti esterni quali "testimoni".

Quanto infine alla possibilità di convocare “esperti di chiara fama” (art. 14 bis: “La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni atinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti”)³², RR pone l'interrogativo se tale possibilità non fosse già presente sulla base di quanto disposto, dalle stesse Norme integrative, nell'art. 12 (“La Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione”), formulando l'ipotesi che la vera innovazione sia costituita non tanto dalla possibilità di convocare esperti di chiara fama, quanto “di doverlo fare alla luce del giorno, sulla base di specifici quesiti e con la partecipazione delle parti costituite le quali, se autorizzate, possono pure loro porre domande agli esperti”.

Da qui la conclusione dell'A. sulla novella del 2020: si tratta di una riforma certamente apprezzabile ma eccessivamente enfatizzata: se infatti sulle modifiche introdotte “nell'insieme, può essere espresso un giudizio certamente positivo”, Egli rileva al contempo come sembri eccessivo parlare di una “rivoluzione”, considerandone il contenuto.

147

4. La giurisprudenza successiva alla novella del 2020

Analizzando la –per ora limitata– giurisprudenza che si è formata sulle novità introdotte alla riforma del 2020, conviene in primo luogo considerare la modifica delle previsioni riguardanti *la legittimazione ad intervenire*, distinguendo tra giudizio in via incidentale e in via principale.

Per questo secondo il discorso è presto fatto: con le Norme integrative nulla è cambiato. Lo si deve dedurre dall'ordinanza del 25 febbraio 2020, allegata alla sentenza n. 56 del 2020, nella quale la Corte, riprendendo più o meno gli stessi concetti dell'ordinanza del 2005, emessa subito dopo la modifica delle Norme del 2004, ribadisce che “il giudizio

32 Su tale previsione v. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 13 ss.

di legittimità costituzionale in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili". Orientamento che, precisa la Corte, "va tenuto fermo anche a seguito delle modifiche delle Norme integrative" del 2020, "non incidendo esse sui requisiti di ammissibilità degli interventi nei giudizi in via principale"³³.

Per il giudizio incidentale la giurisprudenza del 2020 ha già indicato la rotta che la Corte intende perseguire.

Nell'ultima ordinanza precedente all'entrata in vigore delle modifiche alle Norme integrative³⁴ (ordinanza 15 gennaio 2020, allegata alla sentenza n. 30/2020) si ritrova quanto era stato consolidato dalla giurisprudenza precedente, e cioè che "l'intervento di soggetti estranei al detto giudizio principale (art. 4, comma 3, delle Norme integrative) è ammissibile soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura": in base a tale motivazione, sono stati esclusi dal giudizio l'Anci Veneto e l'Associazione Regionale dei Costruttori Edili della stessa Regione.

La motivazione dell'esclusione è alla lettera ribadita nella prima ordinanza successiva alla data di entrata in vigore della novella, quasi a rendere esplicito il concetto che le Norme integrative in nulla hanno mutato il contesto di riferimento. L'ordinanza n. 37/2020 (emessa il 27 febbraio 2020), precisa che la nuova disposizione delle Norme integrative (art. 4, comma settimo) "recepisce la costante giurisprudenza di questa Corte in merito all'ammissibilità dell'intervento nei giudizi in via incidentale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo*, dal Presidente del

³³ Volendo, sul punto può vedersi E. ROSSI, op. cit.

³⁴ Tali modifiche sono entrate in vigore il 23 gennaio 2020, vale a dire il giorno successivo della loro pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale (art. 8 della Delibera dell'8 gennaio).

Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale”, in base alla quale “l’incidenza sulla posizione soggettiva dell’interveniente deve derivare dall’immediato effetto che tale pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo”³⁵.

Abbastanza singolare è la motivazione della sentenza n. 119/2020, che dapprima formula la propria argomentazione (sempre basata sulla necessità “di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio”) sulla previsione delle Norme integrative precedente la revisione del 2020 (ritenendo tale testo applicabile *ratione temporis*), per poi riconoscere che tale principio è confermato dal nuovo art. 4 delle Norme integrative, come modificato con la delibera del 2020. Anche in questo caso, singolarmente, ad essere escluse sono le medesime due organizzazioni già escluse dall’ordinanza allegata alla sentenza n. 30/2020 (oltre ad un soggetto privato, attore in un diverso giudizio).

Né tale orientamento risulta mutato nella prima ordinanza che fa applicazione dell’art. 4 bis delle Norme integrative, vale a dire l’ordinanza n. 111/2020. Nel relativo giudizio era stata impugnata una disposizione contenuta nel decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (relativo alla ricostruzione del Ponte Morandi) con cui si è determinato l’ammontare dell’indennità spettante al proprietario o usufruttuario degli immobili che vengano ceduti alla parte pubblica, o siano oggetto di esproprio, per la ricostruzione del suddetto ponte: la Corte ammette i venditori e gli espropriati in quanto “l’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata (...) priverebbe di base legale la quantificazione dell’indennità, ovvero a monte gli stessi atti di cessione o di esproprio”. Per tale ragione, prosegue la Corte, deve ritenersi che “gli intervenienti hanno un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio, che li legittima all’intervento”: così confermando, dunque, il proprio precedente e costante

35 Così confermando la natura meramente ricognitiva della disposizione contenuta nel comma 7 dell’art. 4, come puntualmente segnalato, subito dopo l’entrata in vigore della novella, da C. MASCIOTTA, op. cit., 195.

orientamento giurisprudenziale. Al contempo, l'ordinanza ribadisce ancora una volta che la novella delle Norme non ha mutato in nulla il contesto emergente dalla propria giurisprudenza precedente, specificando “che la previsione, recata ora dall'art. 4, comma 7, delle Norme integrative, recepisce l'orientamento già espresso da questa Corte, secondo il quale un interesse qualificato sussiste allorché si configuri una ‘posizione giuridica suscettibile di essere pregiudicata immediatamente e irrimediabilmente dall'esito del giudizio incidentale’”.

Infine (ad oggi), l'ordinanza del 4 novembre 2020, allegata alla sentenza n. 230/2020, nel ribadire quanto espresso in precedenza, ha chiarito che “l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali governate dalla legge denunciata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'*immediato effetto* che tale pronuncia produce sul *rapporto sostanziale* oggetto del giudizio principale”: per tale ragione viene dichiarato inammissibile l'intervento proposto dall'Avvocatura per i diritti LGBTI APS, costituitasi in un giudizio avente ad oggetto alcune disposizioni normative concernenti il divieto alla formazione di un atto di nascita in cui vengano indicati come genitori due donne tra loro unite civilmente e che abbiano fatto ricorso (all'estero) alla procreazione medicalmente assistita. Per la Corte, la suddetta organizzazione “non è titolare di interessi direttamente riconducibili all'oggetto del giudizio stesso, sebbene di meri indiretti, e più generali, interessi, connessi ai suoi scopi statutari”. Una motivazione, dunque, che esclude definitivamente la possibilità di far intervenire in giudizio soggetti titolari di interessi diffusi.

Chiusa la porta dell'intervento, la Corte tuttavia lascia aperto lo spiraglio dell'*amicus curiae*, come chiaramente si evince sia da un passaggio dell'ordinanza n. 37/2020, sia soprattutto – e più esplicitamente – dall'ultima parte della motivazione dell'ordinanza n. 202/2020. In quest'ultima si considera la richiesta di intervento proposta da soggetti rappresentativi di interessi collettivi o di categoria (nel caso specifico, la Confederazione dei dirigenti, funzionari, quadri, ed alte professionalità, in servizio ed in quiescenza, della pubblica amministrazione), in una

questione di costituzionalità avente ad oggetto una disposizione di legge incidente sul quantum del trattamento pensionistico di alcune categorie. La Corte, dichiarando inammissibile tale intervento (perché l'interesse in questione è di natura indiretta, connesso in via generale agli scopi statutari di tutela economica e professionale degli iscritti), indica la strada giusta (a proprio avviso) da seguire: quella dell'art. 4-ter delle Norme integrative, “che consente alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità di presentare alla Corte un'opinione scritta in qualità di amici curiae”.

5. Il giudizio costituzionale resta “senza parti”

L'impressione complessiva che si ricava dalla rapida rassegna qui svolta sembra dunque confermare le valutazioni formulate “a caldo” da RR nell'esaminare il portato delle nuove Norme integrative del 2020: si tratta, per quanto riguarda l'intervento di terzi nel giudizio, di una “norma-bilancio (...) che viene a formalizzare una giurisprudenza assolutamente consolidata” e dalla quale, quindi, “non ci si può certo attendere risultati rivoluzionari”. L'esame delle prime decisioni emesse dopo la riforma confermano senz'altro questo giudizio, che forse anche risulta eufemistico: non solo non è avvenuta nessuna rivoluzione, ma neppure sembra essersi registrato alcun cambiamento. Ragione che induce a ritenere singolare questo atteggiamento della Corte (quasi uno sdoppiamento tra la Corte-legislatore e la Corte-giudice), che dapprima modifica le Norme integrative per “aprire alla società civile”, e nella propria giurisprudenza si preoccupa di precisare che nulla cambia (come peraltro era già avvenuto con le modifiche del 2004).

In realtà tale affermazione dovrebbe essere precisata con il ritenere che, stando almeno alle prime pronunce emesse sul tema, secondo la Corte l'“apertura alla società civile” dovrebbe realizzarsi non nel processo ma a lato di esso, ovvero con gli *amici curiae* (più che mediante gli esperti di chiara fama). Di conseguenza, la prospettiva indicata da RR nei suoi lavori, relativamente alla necessità di far emergere gli interessi sottesi alla questione di costituzionalità, verrebbe accolta ma re-indirizzata in una

sede diversa da quella del giudizio³⁶. Si dovrà valutare se tale soluzione si rivelerà efficace: certo non è possibile escludere che la Corte venga “subissata da *opiniones* non solo da parte di seri portatori di interessi ma anche dei più improbabili *postulantes*”³⁷, sebbene tale prospettiva potrebbe essere alla base della scelta di non allargare alla partecipazione di terzi nel giudizio di costituzionalità.

Quello che tuttavia emerge dalla scelta così resa esplicita dalla Corte, considerando che quello degli amici curiae è un altro piano rispetto al giudizio di costituzionalità, è che quest’ultimo rimarrà come un “giudizio senza parti” (malgrado la proclamata apertura alla società civile), come da RR indicato (e profetizzato?) 35 anni fa.

Alla luce di tale conclusione, egli invita a considerare la possibilità di ragionare, *pro futuro*, sull’opportunità di individuare altre vie d’accesso alla Corte, sempre nell’ottica di un’apertura della Corte alla società civile e di una migliore protezione dei diritti fondamentali: con riferimento, in particolare, ad un ricorso individuale diretto (ipotesi su cui RR ha espresso peraltro la sua contrarietà) ed a quello delle minoranze parlamentari. Nell’evidente e dichiarata convinzione del nostro A. che debba essere *il giudizio* la sede dove gli interessi devono emergere, coerentemente con la sua visione dello stesso come processo e della Corte costituzionale come organo giurisdizionale³⁸.

36 Prospettiva che era stata indicata espressamente, prima dell’approvazione della novella delle Norme integrative del 2020, da T. GROPPi, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., 140, secondo la quale la disciplina relativa agli amici curiae deve essere raccordata con quella sull’intervento, “per consentire ai soggetti che non sono ammessi tramite il primo binario di essere eventualmente recuperati attraverso il secondo” (ovvero, appunto, quello degli *amici curiae*). Parla di “doppio binario” anche C. MASCIOTTA, op. cit., 201.

37 Come preconizza M. LUCIANI, op. cit., 414.

38 Così anche A. PERTICI, op. cit., 154.

II

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS: LOS MALES DEL PASADO Y LOS DESAFÍOS DEL PRESENTE SIGLO

Tribunal Constitucional y deferencia hacia el legislador (a propósito de la reversibilidad de los derechos sociales)

✍ ABRAHAM BARRERO ORTEGA*

1. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste en cerrar el paso a las opciones o variantes políticas, imponiendo una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Las opciones políticas y de gobierno no están previamente dadas de una vez por todas.

155

La jurisdicción constitucional ha de ser muy consciente de sus propios límites y no invadir el ámbito que la Constitución reserva al legislador. El principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho, impide que el Tribunal Constitucional (TC) se erija en una suerte de “tercera Cámara”, con facultades para resolver sobre la oportunidad política de las normas aprobadas por el Parlamento.

2. La jurisprudencia constitucional española ha insistido en innumerables ocasiones en la deferencia debida al legislador, como un modo de asegurar la legitimidad de sus decisiones. Obviamente, la deferencia hacia el legislador es una cuestión de grado. Si el TC, en un extremo, respeta siempre la decisión legislativa, desaparece el control

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla. Contacto. abraham@us.es

de constitucionalidad, víctima del ultraminimalismo de la jurisdicción constitucional, mientras que, si el TC no presta ninguna atención a la voluntad del legislador, desaparece la división de poderes, víctima del ultraactivismo de la jurisdicción constitucional. Entre estos extremos, el TC tiene un cierto margen para modular el grado de deferencia según el tipo de caso que resuelva y, sobre todo, el derecho, bien o valor constitucional concernido. En tal sentido, ¿cuál debe ser el criterio del TC para evaluar el grado correcto de deferencia al legislador en los casos de reversión o reversibilidad de los derechos sociales?

3. La Constitución española de 1978 (CE) dedica el capítulo III del título I a los denominados principios rectores de la política social y económica (arts. 39-52). Bajo esta rúbrica, tienen cabida preceptos de muy variada índole, desde auténticos derechos sociales –como el derecho a la protección de la salud (art. 43) o la vivienda (art. 47)– a fines de interés general –la distribución equitativa de la renta, el progreso social y económico (art. 40)– o mandatos al legislador –así, las sanciones contra atentados al patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (art. 46)–.

156

A pesar de esta heterogeneidad o diversidad, lo cierto es que es en este capítulo III donde más claramente se aprecia la dimensión social del Estado constitucional español, donde más nítidamente se constata la superación del Estado de Derecho liberal en favor del Estado del bienestar o Estado social de Derecho. En efecto, los preceptos incluidos entre los principios rectores de la política social y económica ocupan un lugar prominente a la hora de dotar de existencia normativa a la fórmula del Estado social consignada en el artículo 1.1 CE.

De todos ellos, sin distinción, predica el artículo 53.3 que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Resulta, pues, claro que el capítulo III no recoge auténticos derechos subjetivos; se trata de principios *stricto sensu*, que cumplen más bien una función orientadora de la actuación de los poderes públicos, especialmente del legislativo y el ejecutivo, aunque se cite igualmente la práctica judicial. No son tampoco

normas de eficacia directa o inmediata, por cuanto requieren de un desarrollo legislativo para poder ser alegados ante los tribunales ordinarios. No pueden tener, por sí mismos, acceso ni a la jurisdicción ordinaria ni al TC, aunque se encuentran, eso sí, protegidos por el principio general de rigidez constitucional y sean parámetros para medir la constitucionalidad de las leyes.

4. En esta línea, el TC, en reiteradas ocasiones, ha tenido ocasión de señalar que el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3, precepto que, sea como fuere, impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes. Así pues, la protección reforzada que la Constitución contempla para los derechos y libertades fundamentales de la sección 1ª del capítulo II del título I (arts. 15-29) queda rebajada en cuanto a los derechos y deberes de la sección 2ª del mismo capítulo (arts. 30-38) y aún mucho más difuminada por lo que se refiere los principios rectores de la política social y económica del capítulo III (arts. 39-52). Con todo, en cuanto a la práctica judicial, el desconocimiento de una resolución judicial, dictada en aplicación de las leyes de desarrollo, de los bienes o valores constitucionalmente relevantes que los mismos representan haría incurrir a la resolución judicial en falta de justificación razonable y falta de justificación en Derecho, con la consecuencia de una clara vulneración del artículo 24 CE¹.

5. Esta ubicación y este alcance jurídico, de segundo orden con respecto a los derechos fundamentales (arts. 14-38), viene siendo cuestionada o criticada, cada vez con mayor énfasis, por algunos sectores doctrinales. Se viene a considerar que esta ubicación no asegura una eficacia real y auténtica. Lo cierto es, en cualquier caso, que, jurídicamente, la naturaleza de los principios rectores del capítulo III del título I de la Constitución no se puede equiparar a la de los derechos fundamentales del capítulo II. Son dos categorías diferentes. Si los derechos fundamentales son exigibles

1 SSTC 154/2006 y 233/2007.

de forma directa e inmediata por la ciudadanía ante los tribunales ordinarios y el TC y vinculan al legislador (art. 53.1 CE), los principios sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). El legislador goza, además, de un amplio margen de libertad para definir el contenido declarado de un principio rector.

La consecuencia de esta distinción de categorías –derechos fundamentales y principios rectores– es que la realización de los derechos sociales –salvo los pocos que tienen la consideración de derechos fundamentales, como el derecho a la educación (art. 27 CE)– depende de las leyes que lo desarrollen. Se podrá criticar a los poderes públicos que no mueven un dedo para que sean efectivos esos derechos y decir que sus leyes lo desvirtúan. Pero los principios rectores se limitan a informar la legislación y a los tribunales que la interpretan. Eso no significa que el legislador sea absolutamente libre para interpretar y hacer aplicación a su arbitrio de tales principios. Una declaración tan radical, que llevaría de hecho a la imposibilidad de controlar la acción del legislador, debería haber figurado como uno de los límites para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Y no ha sido así, aunque la situación es bastante compleja. El constituyente español de 1978 manifestó que tales principios no son derechos fundamentales que posean privilegiado tratamiento y directa atención judicial. Los principios están dotados, en suma, de una eficacia jurídica limitada que los hace normativos, pero connotados por marcados problemas interpretativos. Indudablemente son parámetro para medir la legitimidad o constitucionalidad de las leyes, pero el legislador tiene un margen apreciable de libertad para desarrollar o, si se prefiere, concretar un principio rector².

Los derechos fundamentales definen un espacio de *agere licere* que delimita negativamente la acción del Estado. Un determinado ámbito de libertad se coloca bajo la protección del ordenamiento constitucional. Ese espacio de *agere licere* es anterior a la ley. La ley ha de salvaguardarlo. Con los principios rectores sucede algo distinto. Los principios aspiran a

asegurar determinados bienes materiales y su consagración no parte de algo anterior a la ley. Para garantizar el principio se necesita una acción estatal activa o positiva, esto es, que el legislador facilite el acceso a esos bienes materiales. El principio presupone la *interpositio legislatoris*.

6. Se comprende así que, mientras los derechos fundamentales se imponen por sí mismos, son realizables desde su reconocimiento constitucional, los principios han de ser implementados por la ley a fin de que puedan deducirse pretensiones jurídicas específicas reclamables jurisdiccionalmente. Por otra parte, dado que la realización de un principio es siempre costosa, se hace necesario decidir de qué medios financieros se pueden disponer en el marco de la política presupuestaria estatal. Y esa decisión, en el Estado democrático, compete al legislador³.

Alguna doctrina, en tal sentido, define directamente los principios rectores como enunciados programáticos o directrices políticas, cuya indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica. Las y los ciudadanos tienen un determinado derecho de contenido prestacional y los poderes públicos una obligación, no menos determinada, de construir una legislación al efecto. Pero la consecuencia jurídica de lo dispuesto está indeterminada y se somete a la discrecionalidad (relativa) legislativa. Los derechos sociales no son reglas sino principios constitucionales. Y esos principios no obligan al legislador a desarrollar ninguna política concreta. Al formularse la protección de la salud o el derecho a la vivienda como un principio, el constituyente no quiso configurar esa protección como un derecho fundamental, sino como un principio que orienta la acción del Estado en tanto fin determinado de su misión. No cabe deducir, pues, unas pretensiones subjetivas a partir únicamente de las directrices constitucionales (art. 53.1 en conexión con el 53.3 CE). Desde este enfoque, se suele denunciar su endeblez normativa.

7. Por reversión de los derechos sociales se entiende la posible reducción del nivel prestacional previsto en la ley de desarrollo constitucional. Esto es, la vuelta atrás del nivel de protección legal de un derecho

3 Ibid.

social garantizado en la norma constitucional. A este respecto cabría distinguir dos posturas doctrinales antagónicas o, si se quiere, rivales: una que niega, por inconstitucional, tal reducción (irreversibilidad) y otra que la admite, como manifestación del pluralismo político y del margen de libertad que ostenta el legislador (reversibilidad).

La irreversibilidad supone afirmar “una dinámica de crecimiento ilimitado que sólo consiente una fase de estabilización”⁴, como paso previo para un incremento ulterior del contenido prestacional. Si los derechos sociales se fundan en un compromiso de realización de la igualdad sustancial, que persigue superar las desigualdades, es razonable pensar que el desarrollo constitucional ha permitido avanzar en dicho sentido y que es sólo una fase más en el proyecto inacabado de realización de la igualdad sustancial. Retroceder respecto a lo ya alcanzado, dar marcha atrás, implica un alejamiento respecto al modelo normativo ideal. Entra, además, en contradicción con la legitimación democrática del poder, porque en la Constitución del Estado Social el poder se basa no sólo en procedimientos, sino en la eficacia de la solución de las necesidades sociales. La cláusula del Estado Social proporciona una garantía institucional del nivel prestacional alcanzado, un dique frente a la reversión.

Por el contrario, aceptar la reversibilidad significa “que lo hoy concedido puede ser mañana recortado y que los derechos sociales están sometidos a un flujo y reflujo continuo, de forma que el nivel prestacional alcanzado no está garantizado, sino que está sometido a las valoraciones políticas y económicas de las sucesivas mayorías”⁵. No cabe la negación ni la omisión constitucional, pero sí la reforma a partir del reconocimiento al legislador democrático de un margen de apreciación. El aseguramiento de *lo posible* es el parámetro fundamental de comprensión de la actuación de los derechos sociales. No puede prescindirse de las condiciones económicas de cada momento y de que los recursos son escasos para atender a las necesidades sociales.

4 GARCÍA HERRERA, 2003-2004: 292.

5 Ibid.

8. Frente a estos dos posicionamientos extremos, la jurisdicción constitucional europea, con todos los matices que se quieran considerar, opta hoy más bien por una posición equilibrada o compensada en la que se asume que el texto constitucional es una compleja trama de derechos, bienes y valores que se resiste a lecturas unidimensionales. Sólo a partir de una visión que acepte esta diversidad puede encontrarse el criterio que permita atender a la complicada y obligada convivencia de contenidos contrapuestos. Se impone, pues, una cuidadosa ponderación de los derechos e intereses constitucionalizados de conformidad con el principio de proporcionalidad, partiendo de la base de que la necesaria realización legislativa del derecho social no significa ilimitada discrecionalidad del legislador.

La tesis de la irreversibilidad absoluta implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales como el pluralismo político, que implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales, atendiendo a las diversas prioridades políticas, siendo, por otra parte, evidente que las decisiones precedentes nunca pueden vincular de forma absoluta a las futuras. Ahora bien, el debate acerca de la alterabilidad o inalterabilidad del *statu quo* alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales es sensiblemente más complicado.

161

Admitido que el legislador podría adoptar medidas regresivas respecto a la situación anterior pues los derechos sociales están condicionados por lo que pudiera calificarse como “reserva de lo posible”, tampoco es aceptable la tesis de que semejante conclusión consienta la adopción de cualquier medida y de cualquier modo. El problema es, entonces, el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales. Descartada la irreversibilidad absoluta, no es admisible, sin más, su opuesto, la reversibilidad incondicionada, es decir, el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto. Lo que es perfectamente admisible es que la configuración de la legislación ordinaria esté presidida por un principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales. Atendiendo al dato constitucional español, no ha de olvidarse que es el legislador el máximo responsable de que los principios rectores constitucionales desplieguen toda su eficacia jurídica; no de otra forma puede entenderse el

artículo 53.3 CE, que expresamente remite la decisión sobre la concreción en derechos de los principios socioeconómicos constitucionales a la legislación ordinaria.

En tal sentido, los Tribunales Constitucionales han ido perfilando una jurisprudencia muy valiosa en torno a la “reversibilidad limitada de los derechos sociales” o sobre “los límites a la reversibilidad de las conquistas sociales”⁶. Existen topes derivados del ordenamiento constitucional que una eventual o producida reversión nunca podría desconocer. El legislador regresivo no lo puede todo.

9. Así, un primer límite viene determinado por la necesidad de un razonamiento o motivación suficiente de la reversión. Una decisión restrictiva no puede ser adoptada sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso, lo que exige analizar la fundamentación de la decisión adoptada por el legislador. Es ineludible una justificación del cambio que se quiere introducir⁷. No puede resultar indiferente que el derecho social, aun no teniendo en el texto constitucional detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que, en un momento determinado, quiere ser suprimido. Ese desarrollo ya ha sido asumido por el legislador que, en su decisión, confirma que determinados derechos son compatibles con las disponibilidades económicas, que es lo que hizo posible su concreción. Dado que las circunstancias pueden variar, podrá cambiar también la regulación, pero no de cualquier modo, sino con adecuada justificación. Es más, una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca al legislador en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción. Porque antes sí y ahora no.

Esta exigencia de motivación suficiente y hasta más exigente no queda satisfecha con la apelación genérica a una situación de crisis

6 PONCE, 2013: 21 y ss.

7 SSTC 49/2015 y 216/2015.

económica. El legislador debe razonar con precisión suficiente que, previamente a la reversión del derecho, ha restringido gastos no supeditados a específicos mandatos constitucionales. Tampoco bastaría una invocación global del principio de equilibrio presupuestario (art. 135 CE). Ni este principio, ni su complemento legislativo –la Ley Orgánica 2/2012, de 20 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera– han establecido prioridades en el gasto antepuestas a las que se derivan de mandatos constitucionales específicos. Adviértase que tanto el artículo 135.4 CE como el artículo 11.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera permiten que “excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas puedan incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados”⁸.

163

La razón suficiente y más exigente demanda igualmente que la medida regresiva sea proporcionada, esto es, que constituya un medio coherente para alcanzar el fin perseguido (juicio de adecuación), que sea el que menos merme el derecho social afectado (juicio de necesidad) y que el beneficio que proceda de la restricción –el ahorro– supere los perjuicios que se derivan de ella (juicio de proporcionalidad *stricto sensu*). Hay que ponderar conforme al principio de proporcionalidad para determinar la magnitud y el alcance de la reversión, sin que tenga que prevalecer, en cualquier circunstancia, el principio de estabilidad. Una medida regresiva puede ser inconstitucional por desproporcionada.

10. Un segundo límite deriva de la invulnerabilidad del núcleo esencial de un derecho social ligado a la dignidad de la persona. La dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de suerte tal que

8 PONCE: 51-53.

las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos sociales no conlleven un menosprecio para la estima que, en atención a su dignidad racional, merece la persona.

La delimitación de un núcleo esencial en, por utilizar la expresión española, los principios rectores de la política social y económica es un tema polémico entre la doctrina. Hay un argumento de peso para entender que estos derechos tienen un núcleo irreductible: si se dejaran a la discrecionalidad del legislador se desconocería la normatividad de la Constitución y su efectividad en una materia tan relevante como el contenido del Estado Social (art. 1.1 CE). Ese núcleo irreductible encuentra considerable parecido con el contenido esencial de los derechos fundamentales del capítulo II del título I CE y no cabe duda de que está ligado a la dignidad de la persona. Sin perjuicio de reconocer la dificultad de dotar de un contenido jurídico sustantivo a la dignidad humana, es lo cierto que la jurisprudencia constitucional lo ha relacionado con límites mínimos infranqueables incluso para el legislador.

164

De otra parte, cuando la jurisprudencia constitucional española abordó tempranamente la cuestión vidriosa del contenido esencial al que alude el artículo 53.1 CE reconoció que se trata de una categoría que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, sean o no fundamentales. Y, como es sabido, arbitró dos caminos para aproximarse a la idea de su significado, caminos concurrentes o complementarios. La vía de la *recognoscibilidad* supone que, tras la intervención del legislador, tras el desarrollo legal, el derecho tiene que seguir siendo reconocido como lo que es. La imagen maestra del derecho ha de preservarse. La vía de los *intereses jurídicamente protegidos* lleva a considerar que el contenido esencial ha sido rebasado cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, cuando los intereses jurídicos que comprende el derecho se limitan más allá de lo razonable⁹. Es claro que *recognoscibilidad* y preservación de los intereses jurídicamente protegidos son las dos caras de una misma moneda.

9 STC 11/1981.

En algún caso, es la misma Constitución la que apunta ese contenido mínimo indisponible. Cuando en el mandato relativo al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE) se hace referencia expresamente a la garantía de asistencia social y de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, se está aludiendo no a un concepto nominal de prestación de cualquier virtualidad, sino a aquellas prestaciones que permitan vivir dignamente. Y lo mismo sucede al hilo de la obligación de los poderes públicos de garantizar mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE). El constituyente no se refiere a la percepción de pensiones de cualquier cuantía, ni tampoco a actualizaciones nominales, sino a las que sean adecuadas a una vida digna y sean periódicamente actualizadas en función de parámetros reales de coste de la vida.

11. En tercer lugar, hay límites que dimanar de la conexión de los derechos sociales con derechos fundamentales. Esta interrelación ha sido reconocida por el TC en reiteradas ocasiones. Sirva como ejemplo la relación entre el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y el derecho a la integridad física y hasta el derecho a la vida (art. 15 CE)¹⁰. Pero acaso la conexión mayor, más intensa, de los principios rectores se da con el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE)¹¹. Aunque la igualdad es el derecho a obtener un trato igual y no hay que confundirlo con un derecho a la desigualdad o a obtener un trato diferenciado, sí que hay derecho a no ser discriminado respecto de la situación reconocida a determinados colectivos, específicamente previstos entre los principios rectores de la política social y económica, cuando se pertenece a ellos según las leyes de desarrollo. En tal caso, si la medida regresiva implica el cercenamiento de todo o parte del mínimo esencial antes aludido, el retroceso podría ser inconstitucional. Estas referencias expresas de la Constitución a determinados colectivos permiten, y también en ocasiones imponen, el establecimiento de tratamientos diferenciadores positivos o favorables en

10 SSTC 60 y 62/2007.

11 SSTC 200/2001 y 59/2008.

base al artículo 9.2 y que no chocan con la igualdad del artículo 14 CE. La acción positiva se legitima en función de la pertenencia a un colectivo desfavorecido o discriminado y parte de un entendimiento real de la igualdad.

12. En cuarto lugar, hay límites ligados al tipo de norma por el que se establece la reversión. El problema, por lo que alude al ordenamiento constitucional español, se centra en la utilización reiterada del decreto-ley para la reversión de derechos sociales. En tal sentido, hay que hacer referencia, además de al requisito de la extraordinaria y urgente necesidad para que el Gobierno pueda dictarlos, al de la imposibilidad de afectación de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I (art. 86.1 CE). La exigencia de la extraordinaria y urgente necesidad debe concurrir sobre la norma en su conjunto y también sobre cada uno de los preceptos que regulan las concretas medidas adoptadas, en el bien entendido de que no es preciso que concurra una situación de necesidad absoluta o extrema, sino una situación imprevista y grave que aconseje una intervención normativa inaplazable¹². En cuanto al requisito de poder afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos del título I, la jurisprudencia constitucional ha exigido que la materia objeto de esa regulación excepcional no constituya una regulación general —que no afronte la delimitación primera y directa del derecho, deber o libertad—, ni tampoco una regulación que, aun no siendo general, sí afecte a elementos esenciales de esos derechos, deberes y libertades¹³. Por consiguiente, a través del derecho-ley no cabría introducir medidas restrictivas de los derechos sociales que incidan en su mínimo invulnerable o núcleo indeclinable, lo que obviamente conduce a cotejar el contenido del derecho-ley y el contenido o la configuración constitucional de cada derecho afectado.

13. En quinto lugar, pueden darse límites en función de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE)¹⁴. La con-

12 SSTC 68/2007, 31/2011, 137/2011, 237/2012 y 39/2013.

13 SSTC 111/1983, 182/1997, 189/2005 y 329/2005.

14 SSTC 49/2015 y 216/2015.

fianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica, impide quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual el ciudadano podía haber adoptado una decisión. El concepto de confianza legítima es aceptado por la jurisprudencia nacional por influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y protege a las personas frente a la imprevisible acción administrativa¹⁵. La irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales prohíbe la incidencia de una nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. *A contrario sensu*, la incidencia en los derechos, en cuanto que proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad¹⁶. La seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen que se establece en un momento dado en relación con derechos. No toda medida restrictiva de los derechos será retroactiva si sus efectos se proyectan sobre expectativas, esto es, sobre el futuro, aunque ese futuro sea fruto de una situación pasada. La supresión o regresión de derechos sociales que definen el contenido esencial del Estado social y democrático de Derecho y que han sido reiteradamente reconocidos y aplicados por las leyes de regulación de los mismos y de desarrollo de los principios y mandatos que los materializan sin realizar auténticamente los correspondientes juicios de proporcionalidad y de ponderación significaría, aparte de arbitrariedad, la vulneración del principio de seguridad jurídica. La confianza legítima y la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos aparecen claramente anudadas a algunos de los límites precedentes.

14. En todo caso, ha de convenirse que el reto o desafío no es tanto la enunciación de estos límites frente a la reversibilidad como su apreciación *ad casum* por los jueces y tribunales y, en última instancia, por la jurisdicción constitucional. Como se acaba de ver, la motivación suficiente, el *mínimum* invulnerable o la confianza legítima son nociones o categorías indeterminadas cuya aplicación por el juez constitucional no

15 GARCÍA MACHO, 1989: 453-466.

16 SSTC 42/1986 y 99/1987.

está exenta de aspectos subjetivos o personalísimos de muy difícil contraste y valoración. Y a ello se une la problematicidad intrínseca de la ponderación y el juicio de proporcionalidad. Como muestra, cabría citar las SSTC 49/2015, 216/2015 y 139/2016.

15. La STC 49/2015 resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra el decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, que, entre otras muchas previsiones, deja sin efecto la actualización de las pensiones para el caso de que el índice de precios al consumo (IPC) correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico en curso sea superior al IPC previsto y en función del cual se calcula la revalorización de la pensión. La ponencia del Pleno fue redacta por la magistrada Encarnación Roca, pero la sentencia viene acompañada de un voto particular discrepante emitido por los magistrados Fernando Valdés, Luís I. Ortega, Adela Asúa y Juan A. Xiol.

168

Los recurrentes centraban las dudas de constitucionalidad en la contradicción entre el decreto-ley impugnado y el compromiso de actualización periódica de las pensiones (art. 50 CE), la prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos (9.3 CE) y en la privación de derechos sin la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE). La sentencia declara la constitucionalidad de la norma impugnada asumiendo, en su totalidad, la tesis defendida por la representación procesal del Gobierno.

La mayoría del Pleno parte de un presupuesto: la revalorización de las pensiones es una mera expectativa que no forma parte del “patrimonio de derechos consolidados” de un individuo. Esta premisa es justamente la que le permite rechazar la proyección del principio de irretroactividad en este ámbito al entender que cuando el artículo 9.3 de la CE prohíbe la retroactividad a las leyes restrictivas de derechos individuales lo refiere a la “restricción de derechos individuales”, esto es, “a la idea de sanción por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona”. Y es también esta misma lógica la

que aplica para desestimar la infracción del artículo 33.3 de la CE porque, a juicio del TC, “sólo son expropiables y, por tanto indemnizables, la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Sólo son indemnizables “las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros”.

Por lo que alude a la previsión constitucional de actualización de las pensiones, el TC admite que “el art. 50 CE tiende ‘a erradicar situaciones de necesidad’, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”. Pero el TC concluye en que “no puede excluirse, por ello, que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento”. Y, en este sentido, admite como causa objetiva razonable “el elevado déficit del sistema de la seguridad social durante el ejercicio de 2012” que esgrimía el Gobierno como presupuesto de hecho habilitante en la adopción del decreto-ley y como causa suficiente para dejar sin efecto la revalorización de las pensiones.

La remisión a la ley de presupuestos del artículo 2.1 del Real Decreto Ley impugnado para determinar los márgenes de actualización y revalorización de las pensiones “no es (...) una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social”. De este modo, para el TC, “el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de presupuestos generales del Estado en función de las

circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización”. Es la ley de presupuestos generales la que convierte las simples expectativas de derechos en derechos adquiridos –algo que, hasta la STC 49/2015, se entendía que la Constitución reservaba al legislador sustantivo–.

El voto particular subraya, en cambio, que no se puede perder de vista “que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en el texto constitucional detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento determinado quiere ser suprimido. Ese desarrollo ya ha sido asumido por el legislador que, en su decisión, confirma que determinados derechos son compatibles con las disponibilidades económicas, que es lo que hizo posible su concreción. Dado que las circunstancias pueden variar, podrá cambiar también la regulación, pero no de cualquier modo, sino con total justificación, valorando los criterios de preferencia en la imposición de la restricción”. De esta manera, concluyen los magistrados discrepantes, que “el nivel previamente reconocido de derechos sociales no constituye necesariamente una frontera infranqueable para el legislador; pero una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca a éste en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción, en cuanto podría entenderse que esa previa regulación no solo prueba su inicial compatibilidad con los recursos económicos disponibles, sino que, en ciertos aspectos, marca un contenido de lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y, en consecuencia, esperan su efectiva realización por los poderes públicos”. La mera alusión a argumentos de crisis, déficits estructurales o posibles incumplimientos de los objetivos de déficits públicos no es proporcionada. El voto particular, por último, impugna el nuevo cometido que la posición mayoritaria atribuye a la Ley de Presupuestos, previa remisión del legislador sustantivo.

16. La STC 216/2015 desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Nótese que el artículo 35 del decreto-ley 20/2012,

de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, suprimió las nuevas concesiones de ayudas de subsidiación de préstamos del plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, pero subsistían íntegramente las ayudas concedidas hasta la fecha, por cuanto el precepto se refería a las que no hubieran sido objeto de concesión. Sin embargo, la disposición adicional 2ª de la Ley 4/2013 vino a subvertir la situación jurídica de las ayudas ya concedidas, que quedan suprimidas y sin efectos, y no se admiten en lo sucesivo, a pesar de estar expresamente previstas en la legislación en cuya virtud se reconocieron y en las propias resoluciones de reconocimiento de ayudas. Los dos motivos sustantivos que se alegan son, de nuevo, la retroactividad auténtica en los efectos sobre derechos subjetivos adquiridos y el contenido expropiatorio de un derecho de carácter patrimonial.

El TC descalifica este argumentario al razonar que los efectos de la norma no tienen carácter retroactivo porque el órgano competente de la comunidad autónoma verifica el cumplimiento de los requisitos que en cada caso habilitan para acceder a dichas ayudas, dentro de las condiciones y límites cuantitativos establecidos pero la ayuda no es efectiva mientras el Ministerio de Fomento no haya dado su conformidad al préstamo convenido, antes o después de la formalización del préstamo. Se desprende, por consiguiente, que el derecho a la subsidiación no nace con el cumplimiento de los requisitos legales ni siquiera con el reconocimiento formal por parte de la autoridad autonómica competente de que se cumplen esos requisitos, sino que exige inexcusablemente la conformidad del Ministerio de Fomento. La renovación de las ayudas de subsidiación no es automática, sino que es preciso que el beneficiario de la subsidiación solicite su renovación dentro del quinto año del periodo inicial y que acredite que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la concesión de la ayuda. Quien disfrutaba de una ayuda de subsidiación no tenía un derecho subjetivo a la renovación, sino una mera expectativa de renovación en cuanto que cumpliera las condiciones exigidas por la normativa. Esa mera expectativa se tiene que consolidar mediante el correspondiente acto declarativo de derechos —en este caso la decisión de autorizar la renovación— adoptado por el órgano administrativo competente.

La sentencia viene acompañada de un voto particular del magistrado Juan A. Xiol, que sostiene la “vulneración de la confianza legítima” puesto que el principio de seguridad jurídica “protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles”.

17. La STC 139/2016 desestima igualmente, en su práctica totalidad, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra varios preceptos del decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. La mayoría del Pleno considera que la exclusión de los extranjeros sin permiso de residencia en España de la asistencia sanitaria pública gratuita no vulnera el artículo 43 CE, pues el legislador puede modular las condiciones de la prestación de dicha atención médica. La sentencia cuenta, de nuevo, con un valioso voto particular del magistrado Fernando Valdés, al que se une la magistrada Adela Asúa.

172

El decreto-ley 16/2012, que significativamente lleva por título “Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, se aprobó en un momento de grave crisis económica, estando el Estado español sometido a fuertes presiones de las instituciones comunitarias para reducir el déficit público. Con esta finalidad, el decreto-ley introduce una serie de recortes en la asistencia sanitaria. Se abandona la política hasta entonces desarrollada a favor de un sistema sanitario de protección universal para regresar a un modelo basado en el aseguramiento, lo que deja fuera del sistema público a determinadas personas. Por otro lado, se limita el acceso de los extranjeros empadronados sin autorización de residencia a la mayor parte de las prestaciones de la asistencia sanitaria pública.

La mayoría del TC insiste en el carácter “reversible” de las prestaciones anteriormente garantizadas, reconociendo en este sentido una amplia libertad al legislador. Así, se afirma que, dada la ubicación sistemática del artículo 43 CE, “nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el artículo 53,3 en relacional artículo 43,2 CE”. Se reconoce que el decreto

ley “supone un giro a la anterior política de progresiva extensión de la asistencia gratuita o bonificada”, pero se desataca que este giro es en relación a una ley anterior, no ante un contenido definido en la Constitución y, por tanto, inmodificable. La reversibilidad, se añade, se aprecia por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes.

El voto particular propone abordar la cuestión de la reversibilidad del contenido de los derechos constitucionales desde un planteamiento más incisivo, acaso más acorde con la función que corresponde al TC de tratar de garantizar la posición de los ciudadanos frente a los poderes públicos, no sólo como garantía de derechos de libertad sino también como garantía del contenido de los derechos prestacionales.

Para el voto particular, la reforma es claramente regresiva, desproporcionada y no suficientemente motivada. Admitiendo la reversibilidad en la determinación del contenido del derecho a la salud, entiende que la norma restrictiva debería cumplir un triple requisito: las restricciones deberían establecerse por ley, ser necesarias en una sociedad democrática y ser proporcionadas al fin que persiguen. Bajo este entendimiento, se señala que, en el caso enjuiciado, las reducciones establecidas no son proporcionadas, ya que no se justifica su necesaria imposición en garantía de la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario, mientras que, por otro lado, suponen dejar fuera del sistema de prestaciones sanitarias a un colectivo particularmente vulnerable.

173

18. Estos tres pronunciamientos, y el debate interno en el seno del TC, evidencian el papel decisivo que juega la jurisdicción constitucional en pro del afianzamiento de la exigibilidad de los derechos sociales. El reto es de todos los operadores jurídicos, pero, sobre todo, es un reto de la jurisdicción constitucional. La crisis económica, formalmente desatada en 2007 en los Estados Unidos y apreciada de la misma manera en Europa en 2008, afectó a muchos y muy diversos ámbitos del Derecho constitucional. En particular, aunque no exclusivamente¹⁷, incidió en su parte dogmática, en los derechos. Así pues, está en juego el paradigma constitucional, los valores

17 CLOSA MONTERO, 2014: 65-94.

que lo sustentan y su fuerza normativa. Por eso el TC debe desempeñar, desde su posición de órgano que garantiza la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, una función crucial.

No se trata en modo alguno de sustituir al legislador democrático, no se trata de ahogar el pluralismo político, pero sí de asegurar que el legislador se ajuste al marco constitucional, utilizando todos los recursos que sean necesarios y sin perjuicio de proceder a una ponderación cuidadosa de todos los derechos, bienes y valores concernidos, conforme a lo que Konrad Hesse llamara la “concordancia práctica”¹⁸ –toda tensión entre disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin establecer primacías absolutas entre los valores, derechos o principios afectados–. Esos recursos y esas posibilidades interpretativas se dan. Y deberían ser un correctivo eficaz frente a la creciente interpretación económica de la Constitución que se dirige primordialmente al debilitamiento del Estado social y que repercute negativamente en la democracia pluralista y, en último análisis, en el carácter normativo del texto constitucional¹⁹.



Bibliografía

1. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, 2013.
2. CLOSA MONTERO, Carlos. “Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea”, *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014.
3. GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, 58-59, 2003-2004.
4. GARCÍA MACHO, Ricardo. “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de

18 HESSE, 1992: 45-47.

19 BALAGUER CALLEJÓN, 2013: 449-454.

justicia”, en Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Coord.): *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid 1989.

5. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (traducción de Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.
6. PONCE, Juli. *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2013.

Justiça constitucional e democracia

A questão do lawfare e a nova episteme do direito

✍ ALDACY RACHID COUTINHO*

1. Introdução

Vivemos tempos difíceis de terra arrasada (terra de direitos transformada em *res nullius* ou *res derelictae*); em que cada dia acompanhamos uma nova derrota no campo do jogo constitucional, quando o Brasil, país do futebol, teima em seguir perdendo, como na Copa do Mundo em 2014, de 7 a 1, em derrota que marca a nova identidade nacional; em um país que ainda se não fez efetiva república, pois o público e o privado se fundem ou se confundem em uma única espacialidade; em uma nação que se não faz presente a não ser no compartilhamento de um território e de uma língua, pois sequer se pode afirmar uma vontade única e própria de um agregado de indivíduos e, ainda, sequer se pode recebe-los como solidários –e é de se agregar dúvidas se há comuns aspirações–; em uma sociedade em que o medo se instala como condição normal do viver, expropriando nossa civilidade. Não nos admira, portanto, que estejamos sempre e reiteradamente a falar de violência. Imprescindível, então, manter-se na resistência e em luta (diríamos até, em certa medida, guerra), com a esperança depositada no futuro –este incerto– e respirando ares de um constitucionalismo que se pretende reafirmar a cada dia e em cada julgado, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Sem

177

* Advogada. Professora Titular de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná, aposentada. Professora do Curso de Mestrado em Direito da UNIVEL. Integrante da RENAPEDTS e REDBRITES. Membro da Associação Americana de Juristas.

abandonar o desalento em torno da Constituição, embora seja necessário atentar para a perda da sua condição de protagonismo na construção da sociedade justa e solidária, o presente texto é uma ode de insistência, crença e fé nos poderes instituídos.

Sustentamos que ao entorno de regras jurídicas vigentes, originárias de fontes estatais imperativas (*hard law*), há uma potencialidade atualmente presente e ganhando espaço que não pode nem deve ser desconsiderada, aqui exemplificadas nos programas de *compliance*, *due diligence* e códigos de conduta. Podemos crer possam se apresentar, como virtualidades positivas para acumular esforços na luta por assegurar e concretizar direitos e implementar uma cultura de ética e cumprimento. Mas não sem olvidar, entretanto, que representam problemáticas rupturas encaçadas no campo do direito, sobretudo no constitucionalismo.

De modo algum, por conseguinte, pretende-se fazer qualquer apologia a-crítica dos referidos programas de *compliance* e códigos de conduta; tampouco se trata de atribuir-lhes um futuro promissor e imune de percalços na tarefa de extirpar as práticas de descumprimento e desconsideração com a ordem constitucional vigente. Todavia, assumindo uma postura decididamente pragmática e, desde que tomados como realidade inafastável na contemporaneidade, projeta-se na estratégia assumida uma alternativa finalística que não se deve descartar e é preciso, portanto, analisar por conta dos eventuais impactos negativos. Não por outra razão, assim, optamos por uma abordagem crítica que impõe seja explicitada, até para que se não absorva a potencialidade como salvação e que se assuma que há um preço em acatar tal posição.

Presentes como autorregulação e reveladas em um conjunto de princípios e regras de comportamento que explicitam valores assumidos, servem de parâmetro e orientação para decisões e comportamentos no espaço privado das corporações e ainda do âmbito público, tomados como compromissos éticos e jurídicos realizáveis que acarretam responsabilidade; de forma alguma são tomados como “propaganda enganosa”. Se assim é, a invocação da efetividade dos programas de *compliance*, códigos de conduta ou *due diligence*, para que se faça cumprir toda a ordem normativa e se instale como valor positivo, integra os próprios objetivos

de comportamentos éticos e uma gestão responsável. Dentro dessa estratégia, ostentam, ademais, o predicado de expansão para abarcar toda a cadeia global de valor, o que representaria inclusive uma via de reforço aceitável e proveitoso.

A atuação das empresas no ambiente capitalista de mercado está cada vez mais determinada por uma função social que ultrapassa as fronteiras do econômico, o que implica um contínuo distanciamento de posturas egoísticas ditadas exclusivamente pelo lucro, cuja origem do latim nos remete a *lucrum*, mas que origina igualmente o vocábulo logro. Não se há de discordar que o destino de valores voltados ao capital produtivo, em opção descartada pelo capital financeiro, pressupõe a busca legítima de um resultado positivo, com um rendimento esperado a ser auferido, mas sem logro e em proveito (*profit*) de todos, isto é, a par dos *shareholders*, considerando igualmente os *stakeholders*, grupos interessados, investidores ou não, o que inclui o próprio sistema capitalista de mercado que se mantém ativo e íntegro, assim como os consumidores e os trabalhadores que angariam renda e todos os cidadãos.

179

Como estratégia de gerenciamento de risco, políticas de *compliance*, com seus códigos de conduta, passam a ser adotados voluntariamente, ou por vezes por imposição, e atualmente dominam, reinando a cultura empresarial sob o manto de uma boa prática de governança corporativa e responsabilidade social, em um movimento uníssono na ordem mundial.¹ É uma constatação que não se pode negar e que abre janelas de oportunidades, já que o direito encontra-se fragmentado, esfacelado, fragilizado e atacado por todos os lados.

1 Ver OCDE. Organización para la Cooperacion y el Desarrollo Económicos. Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros em transacciones comerciales internacionales. Conferencia Negociadora de 21 de novembro de 1997. Paris. [1997]. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf>. Acesso em 25out.2019; OCDE. Organización para la Cooperacion y el Desarrollo Económicos Recomendación de la OCDE sobre integridad pública. 2017. Paris. [2017] Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>>. Acesso em 25out.2019; ONU. Organização das Nações Unidas. Pacto global contra a corrupção de 2000. Genebra. [2000]. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br>>. Acesso em 25out.2019.

O Brasil segue a mesma trilha, aliás. Trata-se, por conseguinte, de se acolher o programa de *compliance* como instrumento auxiliar e complementar na tutela e efetividade das normas internacionais ditadas, por exemplo, pela Organização Internacional do Trabalho, tal qual a Convenção 190 que trata de violência,² independentemente de sua internalização via ratificação e sem desprezo da importância dos esforços pela sua incorporação futura no ordenamento jurídico nacional. Não se há de aguardar melhores tempos, nem portanto a sua ulterior ratificação; por conseguinte, abstém-se, para o momento, de qualquer discussão em torno da condição de *soft law* (ou não) e suas consequências.

Na via da prospecção, entretanto, a postura de abraçar os programas de *compliance* pode reforçar algo com o qual não se há de concordar e tampouco se pode descurar e é o propósito principal da presente análise: os impactos que tais aberturas acarretam pela fissura que geram no modelo jurídico que se formou e conforma a partir da tradição europeia no direito, inclusive no direito constitucional. Trata-se do cambio epistemológico da racionalidade jurídica da legalidade estrita suplantado pela racionalidade econômica efficientista e os efeitos decorrentes, como o enfraquecimento pelo aminguamento do Estado que se translada em mínimo, acompanhado de uma norteamericanização do direito que tem sido levada aos limites do *lawfare*. Seria a nova episteme no direito.

2. Nova episteme no direito

Uma nova episteme exsurge, tomada no sentido foucaultiano,³ identificada como as condições discursivas que nos permitem ter acesso ao saber em um momento histórico, e não pelo campo filosófico grego como uma verdade ou plena certeza em termos de conhecimento. Ela acarreta novas formas de produção normativa no direito que desconsidera a importância e a presença do poder constituinte originário

2 OIT. Organização Internacional do Trabalho. Convenção 190 sobre violência e assédio no mundo do trabalho. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711242.pdf>. Acesso em: 25out.2019.

3 FOUCAULT, Michel. As palavras e as coisas. São Paulo : Martins Fontes, 1981.

e derivado, com características próprias e inovadoras, acompanhadas de métodos nunca antes vistos e que chegam reforçadas com o advento de novas tecnologias. Tal racionalidade não substitui a anterior, no sentido de aniquilar o passado para tomar o seu lugar; nem se consubstancia em uma evolução, pois seguimos aos tropeços, indo e vindo, nos afastando do mito da modernidade; instala um processo disruptivo transformador, deslocando as fronteiras do conhecimento jurídico.

A modernidade, herdeira do iluminismo, introduzira uma ordem política e jurídica assentada na soberania popular e na legalidade, que seguida da forma econômica capitalista, instaura e conforma o Estado (democrático e capitalista) de Direito. Todos se submetem ao império do direito (da lei) e ao poder do Estado, que se encontra, da sua parte, também limitado pelo conjunto das leis. A racionalidade é ditada no campo do direito pela legalidade estrita (lei), tendo como suporte de base a constituição, e como revelação a autonomia da criação/edição de normas estatais que regerão os espaços público e privado dentro dos limites territoriais nacionais soberanos, observadas sempre as instâncias democráticas de construção do ordenamento jurídico, inclusive a separação de poderes.

181

A nova racionalidade no direito é pensada pelo econômico na forma eficiência, ou seja, passa-se de uma racionalidade jurídica da legalidade para uma racionalidade econômica da eficiência como padrão para ditar o direito. Ao lado da constituição e da lei, como expressão estatal, outras formas normativas decorrentes de fontes autônomas ou supranacionais se agregam para construir o arcabouço ampliado da ordem jurídica, e a jurisdição ultrapassa as fronteiras da soberania territorial ditada pelo Estado-nação. Ao lado das leis advindas do processo legislativo próprio e, inclusive do poder constituinte, outras normatividades ditam o comportamento geral, a exemplo de tratados internacionais, ou coletivos/individuais, como as autorregulações advindas de programas de *compliance*, códigos de conduta ou acordos.

O Estado soberano no espaço de sua territorialidade convive com uma nova realidade regulatória e, ainda, os cidadãos (assim como o próprio Estado) se submetem para além da autoridade suprema do seu país, por vezes igualmente à jurisdição de tribunais ou cortes supranacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou o Tribunal Penal

Internacional. Mais além, hoje até mesmo à legislação ditada por outro país, tal qual se apresenta o caso dos Estados Unidos da América, quando se trata de atuação de corporações. O exemplo notório, de conhecimento público, é o acordo celebrado nos Estados Unidos da América, por autoridades norte-americanas e brasileiras, com a empresa multinacional brasileira Petrobrás S.A, por seu Department of Justice, para pagar “total of \$853.2 million in penalties to resolve the U.S. government’s investigation into violations of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)”.⁴

O direito norteamericano, legitimado pela busca de eficiência no campo do econômico e de uma veste moralizadora de comportamentos, quebra as fronteiras tradicionais da territorialidade como limite de sua eficácia e busca instalar uma nova cultura no comportamento e no direito para o mundo.

2.1. Programas de *compliance* como expressão da norteamericanização do direito

182

O fenômeno da norteamericanização do direito (ou ‘usa’ do direito) pode ser identificado por um duplo viés e não se confunde com qualquer perspectiva de supranacionalidade; primeiramente pela ideia disseminada em torno da necessidade da superação de um direito romano-germânico, o que se pretende realizar pelo traslado, via importação, de alguns institutos ou figuras jurídicas como o *plea bargain* ou súmulas vinculantes, que partindo de um sistema de *common law* adentram à força no *civil law* sem o devido “filtro de conformidade”.⁵ Na trajetória da teoria constitucional, fora sustentado desde alguns anos por Luis Roberto Barroso,⁶ em proposta que levou a um ativismo judicial, ao afirmar que:

4 U.S.A. Department of Justice. Office of Public Affairs. Justice News. 27set.2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations>>. Acesso em: 2dez.2020.

5 Sobre o tema, ver FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A americanização do Direito Penal pode ser bem-vinda? Jornal GGN. Publicado em 14mai.2019. Disponível em: <<https://jornalgnn.com.br/politica/a-americanizacao-do-direito-penal-pode-ser-bem-vinda/>>. Acesso em 25out.2019.

6 BARROSO, Luis Roberto. Americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo moderno. Cadernos da Escola de direito e relações internacionais, Curitiba, v.2, n. 9, 2008.

Nos países de democratização tardia, no entanto, marcados pela hegemonia do Executivo e por déficits de representatividade do Legislativo, uma jurisdição constitucional atuante e uma Suprema Corte fortalecida são elementos relevantes para preservar o Estado de direito e promover avanços democráticos.

Neste trilhar, surge a indagação –pergunta que não quer calar– sobre as funções políticas dos juízes, que vem cancelando as rupturas constitucionais:

Les juges seraient premièrement des décideurs politiques en ce qu'ils seraient de fait des arbitres de la compétition électorale et du jeu politique. Ils seraient deuxièmement des décideurs politiques en ce qu'ils seraient des *policy makers*, contribuant à produire du droit. Ils participeraient troisièmement à l'exercice du pouvoir et du gouvernement des différents collectifs humaines.⁷

Em um segundo viés, consubstancia-se na eficácia além fronteiras da legislação norteamericana, alertada respectivamente por Ali Laïdi e Frédéric Pierucci:

183

Le plus grand guerrier juridique-économique, ce sont les États-Unis. Depuis le milieu des années 1990, ils exportent leur législation punitive dans le monde entier [...].⁸

Certes, nul n'est censé ignorer la loi. Mais le caractère extraterritorial de la loi américaine en matière de lutte contre la corruption demeure discutable. D'autant plus que cette extraterritorialité n'est pas réciproque. Ce qui amène de nombreux juristes internationaux à la considérer comme abusive et imposée par la force.⁹

7 GRANDJEAN, Geoffrey. Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction. In: Les juges: décideurs politiques? GRANDJEAN, Geoffrey; WILDMEERSCH, Jonathan (coord.) Bruxelles : Larciér Bruylant, 2016, p. 19.

8 LAÏDI, Ali. Le droit, nouvelle arme de guerre économique. Arles : Actes sud, 2019, p. 19.

9 PIERUCCI, Frédéric; ARON, Matthieu. Le piège American. Paris. J.C.Lattes, 2019, p. 390, p. 385.

Trata-se aqui, particularmente, dos efeitos da FCPA - Foreign Corrupt Practices Act,¹⁰ essa lei adotada em 1977, que quebrou a aplicação territorial como reconhecimento da soberania dos Estados-nação. Depois dela se seguiram, dentre outras, a Sarbanes-Osley Act (SOX), em resposta a uma série de escândalos financeiros com erros e fraudes contábeis que envolviam a Enron, Arthur Andersen e WorldCom, e igualmente a Federal Information Security Management Act - FISMA, ambas de 2002, além da Dodd-Frank Act Compliance guidelines em tecnologia da informação e, recentemente, em 2018, a Cloud Act, que permite aos investigadores americanos a obtenção de dados em qualquer lugar do mundo.

Não é despidendo notar que a Petrobras S.A. divulga no seu sítio eletrônico que cumpre “as exigências estabelecidas em leis, regulamentos e padrões afetos às atividades que desempenha e, em caso de dúvida, se reportar imediatamente a seu superior;” e, ainda, mantém “padrões de excelência em meio ambiente, a fim de garantir produtos e serviços adequados às expectativas de nossos clientes e à legislação ambiental no Brasil e nos países onde atua”, encontrando espaço ao lado dos compromissos externalizados com a “a promoção da integridade no ambiente negocial público e privado, atua em completo respeito à legislação nacional e internacional aplicável, principalmente a Lei de Defesa da Probidade Administrativa (Brasil), a Lei Anticorrupção Empresarial (Brasil), o FCPA - Foreign Corrupt Practices Act (EUA), UK Anti-Bribery Act e a SOX - Lei Sarbanes-Oxley (EUA), entre outras normas legais no combate à corrupção, sendo, por isso, signatária de iniciativas de combate à corrupção tanto no Brasil como no exterior.”¹¹

Inicialmente a FCPA visava apenas pessoas físicas e jurídicas com atuação no espaço territorial nacional ou com atuação mercado de ações internacionais; em 1998 houve uma ampliação para abarcar a possibilidade de investigação, denúncia e condenação de qualquer pessoa física ou empresa, americana ou estrangeira que tenha suas ações negociadas

10 U.S. Foreign corrupt practices act - FCPA. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 25out.2019.

11 PETROBRAS. Código de Conduta Ética, p.4; p. 10; p.17. Disponível em: < https://petrobras.com.br/data/files/32/E1/14/8E/1F103710FADC1F27D438E9C2/Codigo_de_Conduta_Etica29062020.pdf>. Acesso em: 2dez.2020.

na Bolsa de Valores de NYC, tenham certificados de valores mobiliários oferecidos a investidores americanos, que tenham acordos de auditoria e aval contábil de empresas estadunidenses, ou que de alguma forma transite física ou digitalmente por território americano, dada a amplitude do teor das disposições legais. Como exemplo, consoante mencionado no Instituto Compliance Brasil:

‘Se duas pessoas se encontrarem no aeroporto de Miami e sentarem para tomar um café e discutir o pagamento de suborno para a obtenção de um contrato no Brasil, isso atrai a jurisdição da Justiça americana. O mesmo ocorre se essa pessoa ligar de um celular em solo americano para conversar sobre aspectos dessa transação’ [...] A empresa de telecomunicações húngara Magyar foi julgada nos Estados Unidos depois que e-mails que tratavam do pagamento de propina a membros dos governos da Macedônia e de Montenegro terem circulado por servidores localizados em solo americano.¹²

185

Desde 2015, por iniciativa no governo Obama, International Corruption Squads (esquadrões internacionais anticorrupção) auxiliares do FBI e do DOJ, com base em Miami, Los Angeles, NYC e Washington, D.C., investigam corrupção internacional ou no estrangeiro e crimes ditos cleptocráticos (corrupção lideradas por governos), antitruste e corrupção que afetam negativamente o mercado financeiro americano e o seu crescimento econômico. Claudius O. Sokenu,¹³ ex-membro da Security Exchange Commission - SEC, advogado do escritório Shearman & Sterling, alerta:

O recado para as empresas foi claro: fiquem atentas, pois estamos na era do combate transnacional à corrupção. Isso significa prever que o pagamento de propina por uma companhia brasileira na China para a obtenção de um contrato na África

12 Disponível em: <<http://compliancebrasil.org/um-ato-de-corrupcao-duas-punicoes/>>. Acesso em: 25out.2019.

13 Um ato de corrupção, duas punições! Blog. Instituto Compliance do Brasil. Publicado em 28mai.2015. Disponível em: < <http://compliancebrasil.org/um-ato-de-corrupcao-duas-punicoes/>>. Acesso em: 25out.2019.

pode terminar numa Corte federal americana, sob a mira do temido Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Por meio da lei, empresas e indivíduos, de alguma forma ligados aos EUA, têm sofrido multas milionárias por atos de corrupção contra agentes públicos em outros países.

O âmbito da observância e aplicação das legislações e da jurisdição estatal ultrapassa a fronteira da estrutura tradicional da territorialidade como marco de soberania, em desconsiderando a jurisdição nacional e os parâmetros constitucionais. Por um lado, a incidência de regras não estatais, tais como códigos de conduta pela via do *compliance* e, de outro, a absorção e incidência de normas jurídicas estatais no além fronteiras. Sem descurar de formas de solução de conflitos não estatais, tais como mediação e arbitragem.

186

O direito e a moral são empregadas como armas. Novas aberturas se traduzem como instigantes desafios na contemporânea ordem mundial. E a resposta, como contraestratégia, foi dada: criação de programas de *compliance* e códigos de conduta, para autopreservação. Mantendo vivas as corporações, um programa de *compliance* efetivo —e, será sempre, pelo que se alguma desconformidade de conduta for identificada, funcionou, pois foi descoberta por investigação interna e se as condutas se mantiverem dentro dos padrões éticos, igualmente funcionou, pois não há desconformidade— será possível negociar uma redução (ou abstenção de persecução) via leniência ou delação. Na luta por implantar padrões éticos, o programa de *compliance* vem sendo empregado como uma arma, e como toda arma, serve para defesa ou destruição dos inimigos, verdadeiro *lawfare*.

2.2. Lawfare

Imprescindível, então, apontar para duas particularidades que merecem destaque nessa nova realidade do mundo do direito. A primeira é que a FCPA se consubstancia em um notório caso de *lawfare* (law/lei + warfare/guerra),¹⁴ esse emprego do direito como uma estratégia de guerra,

14 No texto não se adota a perspectiva de *lawfare* como exemplo de judicialização da política, nem com o emprego da jurisdição como o objetivo de aniquilar ou fragilizar um

em referência introduzida também na década de 70,¹⁵ o que demonstra que o direito também pode ser usado como uma arma, política e econômica, para o bem ou para o mal. E, portanto, pode se traduzir, no mal, na própria violência em si considerada. Normalmente *lawfare* nos remete para o mal; o vocábulo ostenta esse sentido negativo.

O direito, em si, então, pode também ser tomado como um ato de violência e pode se traduzir então, no mal, ou seja, na própria violência em si considerada; por exemplo, a destruição de postos de trabalho ou da própria corporação. Ali Laïdi afirma que “parmi ces armes, le droit est l’une des plus pernicieuses. On pense naïvement qu’il sert la justice, alors qu’il est utilisé à d’autres fins: servir les intérêts économiques des grandes puissances”.¹⁶ O Brasil ostenta a posição no ranking de segundo país “com mais penalidades aplicadas com base na lei de anticorrupção no exterior dos Estados Unidos”, entre os anos 2009 e 2018, apenas atrás da China, segundo William Barry.¹⁷

Aliás, como afirma William Burck, advogado da área de anticorrupção, investigações internas e *compliance* do escritório de advocacia Quinn Emanuel Urquhar and Sullivan, que representou a JBS, acionistas da Petrobras na ação coletiva (ajuizada nos EUA), além da Odebrecht e Brasken em acordos firmados, chefe de gabinete e consultor especial da Casa Branca durante o governo George Bush, os procuradores do DOJ “podem acusar qualquer pessoa ou empresa do mundo que tenham passado pelos EUA – e num tribunal norte-americano”.¹⁸ Para ele:

187

opponente, mas exclusivamente na ideia de manipulação do sistema jurídico legal, nos espaços de legalidade, para alcançar fins políticos e/ou econômicos.

15 Pelas mãos do Coronel Charles J. Dunlap Jr. Ver, dentre tantos, sobre o tema: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. Impeachment de 2016: uma estratégia de lawfare político instrumental. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

16 LAÏDI, Ali. Le droit, nouvelle arme de guerre économique. Arles : Actes sud, 2019, p. 18.

17 Brasil é destaque em investigações de corrupção. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/blog/fcpa-william-barry>>. Acesso em: 25out.2019.

18 Não existe a menor dúvida de que a FCPA seja uma arma de política externa dos EUA. Jornal GGN. Publicado em 29mai.2019. Disponível em: < <https://jornalggm.com.br/>

A forma que os americanos veem é que a FCPA é uma ferramenta de política externa, mas legítima. Ela significa que as empresas devem ter certa igualdade de condições para jogar. Se as empresas americanas não podem fazer negócio no Brasil porque não podem pagar propina, então ninguém deve poder pagar propina. Pelo menos essa é a teoria. Mas não há dúvida alguma de que a FCPA seja uma arma política. Se alguém te dizer que a FCPA não é um instrumento de política externa do governo dos EUA, está mentindo. Não existe a menor dúvida de que seja.

De todo modo, nunca é demais indicar que há uma preocupação externalizada e inserida expressamente no Memorandum Thompson, de janeiro de 2003¹⁹, que trata dos “Principles of federal Prosecution of Business Organizations”, no sentido de que quando da acusação de uma corporação, na persecução criminal, deve-se considerar os efeitos e consequências da imputação levando em consideração não somente a gravidade da conduta, mas ainda,

188

IX. Charging a Corporation.: Collateral Consequences

[...] the possibly substantial consequences to a corporation's officers, directors, employees, and a shareholders, may of whom may, depending on the size and nature [...] of the corporation and their role in its operations, have played no role in the criminal conduct, have been completely unaware of it, or have been wholly unable to prevent it.

O risco se instala e como contraestratégia os programas de *compliance* ganham sua razão de ser, mas com possíveis e igualmente danosos efeitos colaterais, identificados, por exemplo, pela consequente diminuição de postos de trabalho ou, eventualmente, até mesmo a cessação

eua-canada/nao-existe-a-menor-duvida-de-que-a-fcpa-seja-uma-arma-de-politica-externa-dos-eua/>. Acesso em: 25out.2019.

19 U.S. Department of Justice. Memorandum Thompson, de 20 de janeiro de 2003. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 25out.2019.

das atividades da empresa. Ninguém pode ser a favor da corrupção ou da fraude. Não é que não se deva combater a corrupção, mas o preço a ser pago não pode ser a própria destruição da corporação, que está a serviço da economia para produzir bens e serviços e garantir postos de trabalho e renda. Tal postura é ideia que subjaz, a saber, em diretivas norte-americanas, como indicado. Nesta esteira, por todos, Luiz Gonzaga Belluzzo, em entrevista ao Brasil de Fato apontou para a desindustrialização como efeito colateral do combate à corrupção no Brasil, que inclusive ultrapassa a condição do desemprego e atingem a economia do país, tornando-o em uma economia de “quinta classe”:

A força-tarefa da Lava Jato trabalha com a possibilidade de se recuperar R\$ 38,1 bilhões em acordos com pessoas físicas e jurídicas. Esse valor é suficiente para reparar os danos aos cofres públicos?

Luiz Gonzaga Belluzzo: Esse valor não chega nem perto do prejuízo causado à indústria e à economia brasileira. Se você for balançar os efeitos sobre as cadeias produtivas, que foram afetadas pelas decisões da Lava Jato e da Carne Fraca, os R\$ 38 bilhões são uma coisa ridícula. Cinco a sete milhões de desempregados foram produzidos por essas ações, além da recessão e da entrega do pré-sal. Outro efeito desses movimentos, como a Lava Jato, é que se concentrou toda a atenção da sociedade na questão da corrupção, que é algo realmente importante. Mas, como disse o Papa Francisco, não vamos conseguir extirpar a corrupção de uma sociedade cujo maior valor é o dinheiro. É preciso confiná-la, controlá-la. A relação entre empresas gigantes e o Estado exige uma vigilância muito grande. É preciso “cercar o bicho”, sabendo que não tem como matar o bicho. Tratar a corrupção como o único problema da sociedade é um problema.²⁰

20 Belluzzo: “Lava Jato e Carne Fraca produziram 5 a 7 milhões de desempregados”. Entrevista ao Brasil de Fato. Curitiba. Publicado em 19jul.2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/07/19/belluzzo-lava-jato-e-carne-fraca-produziram-5-a-7-milhoes-de-desempregados/>>. Acesso em: 25out.2019.

Conclui-se, então, que o traslado não é completo; trazem (aparentes) soluções sem migrar o sistema; adotam-se institutos e categorias, mas sua aplicação não segue as mesmas diretrizes. Programas de *compliance* ingressam como medida de cautela ante a responsabilização penal das pessoas jurídicas, mas essa condição não existe no Brasil. De toda sorte, se faz presente.

3. Cultura da conformidade

Na medida em que *compliance* representa uma pauta de compromisso de conformidade com os marcos regulatórios e integridade com padrões éticos e morais, se pode (ou se deveria) concluir pela sua absoluta desnecessidade. Tal assertiva decorre da própria imperatividade das normas jurídicas como imposição do seu cumprimento, decorrente da sua legalidade e legitimidade; de outra parte, da separação entre espaços do direito e da moral.

190

Qual a razão, então, de se adotar programas de *compliance* na iniciativa privada e nas empresas públicas para fazer cumprir rigorosamente os termos da legislação à qual se submete? Há um ponto de partida que é coincidente com o direito: o direito se instala e se pretende fazer-se realidade exatamente na ausência do que pressupõe e procura tamponar. E, assim, o que falta é o descumprimento, a inobservância, o tratamento urbano e civilizado para com o outro, a paz, e o que não queremos revelar é que sabemos disso tudo, da barbárie, assumimos o risco. É, assim, ao mesmo tempo a ausência e o próprio descumprimento, a inobservância.

Mais ainda, se apresenta como administração de riscos, para reduzi-los, com o controle, fiscalização, de comportamentos (ações e decisões) no âmbito das organizações.

Afirma-se o aumento de eficiência, a vantagem competitiva e os ganhos de produtividade. Em relação aos três, a crítica se instala em decorrência da realidade.

3.1. Potencialidades dos códigos de conduta

Os programas de *compliance* são construídos a partir dos princípios da transparência, equidade, responsabilidade (accountability) e

responsabilidade corporativa. Visam a prática de gestão que, após estudo dos riscos jurídicos, financeiros e reputacionais (*risk assessment*), encontra-se comprometida com o engajamento e envolvimento na prevenção de condutas ilícitas, incentivando –controlando e monitorando– os comportamentos desde a alta administração até os empregados, ditos colaboradores, além as “terceiras partes”, integrantes da cadeia produtiva de valor.

Se como benefícios situa-se o permear todas as áreas com conceitos de boa prática de governança, integridade e ética, pressupõe então necessariamente um ambiente isento de violência de toda ordem. Nenhum código de conduta se mantém efetivo se na corporação há constatação de comportamentos identificados como expressões de violência, o que inclui a que se realiza no mundo do trabalho.

É certo que emergiu de uma preocupação com aspectos penais –*criminal compliance*– e que se expandiu para assegurar transparência nas informações para o mercado e sociedade, mas não se reduz a tal, pois prevê conduta ampla de cumprimento de leis, regulamentos e normas externas e internas. Tanto que a Comissão de Valores Mobiliários - CVM (Instrução CVM 586/2017)²¹ impõe a todos os que têm ações negociadas na bolsa que adotem as práticas de integridade e, em especial, que observem as melhores práticas de governança corporativa, em consulta ao Código Brasileiro de Governança Corporativa (CBGC);²² isto é, no modelo “pratique ou explique”. E o Banco Central do Brasil (Resolução 4595/2017)²³ obriga a manutenção em todas as instituições financeiras e

21 Comissão de valores mobiliários. Instrução CVM 586, de 8 de junho de 2017/ Altera e acrescenta dispositivos à Instrução CVM n. 480, de 7 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst586.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

22 Comissão de valores mobiliários. Ofício circular CVM/SEP 3, de 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: < <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sep/anexos/oc-sep-0319.pdf> > Acesso em: 25out.2019.

23 Banco Central do Brasil. Resolução 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf >. Acesso em: 25out.2019.

outras que sejam autorizadas a funcionar. A lei das empresas estatais (Lei 13.303/2016)²⁴ impõe para as empresas públicas.

O programa de *compliance* deve ser efetivo, o que será considerado como avaliação para os fins pretendidos, isto é, não servirá como atenuador da conduta desviante apenas porquanto foi criado:

9-28.800 Corporate Compliance Programs

A. General Principle: Compliance programs are established by corporate management to prevent and detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with applicable criminal and civil laws, regulations and rules. [...] However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal misconduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents.²⁵

192

Programa de *compliance* pressupõe adoção de políticas após avaliação de riscos de conformidade (*compliance risk assessment*), bem como código de conduta e *due diligence* em toda a cadeia de valor. Sua efetividade é constatada, dentre outras circunstâncias, se observar na execução: (1) separação de poderes; (2) controle interno contábil e financeiro, com documentação e verificabilidade para controle de todos os atos e decisões, produzida e custodiada pela própria corporação; (3) canais de denúncia com proteção aos denunciantes e investigações internas; (4) transparência de gestão e comprometimento da alta administração; (5) imparcialidade e independência dos órgãos de controle, inclusive da auditoria externa e monitoramento; (6) comunicação de todos os envolvidos, com treinamento contínuo; (7) confidencialidade.

24 Brasil. Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 25out.2019.

25 U.S. Department of Justice. Office of the Deputy Attorney General. Memorandum Filip, de 28 de agosto de 2008. Principles of federal prosecution of business organizations.

O código de conduta não se restringe a um elemento integrante de um programa de *compliance*. É igualmente uma diretriz da política de estado, em estrita observância aos direitos humanos, no qual se inserem os direitos de sua força de trabalho. As diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos estabelecida por meio do Decreto 9571/2018,²⁶ prevê que há responsabilidade das empresas em relação aos direitos humanos protegidos nos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, sendo que as diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas (art. 4º). Ademais, as empresas devem monitorar o respeito aos direitos humanos dentro da totalidade da cadeia produtiva em que se insere (art. 5º), monitorando, pelo que devem em atendimento ao princípio da transparência, divulgar suas políticas, os mecanismos de governança (art. 6º, inc. XV) e “redigir código de conduta publicamente acessível, aprovado pela alta administração da empresa, que conterá os seus engajamentos e as suas políticas de implementação dos direitos humanos na atividade empresarial.” (art. 5º, inc. V).

193

A responsabilidade quanto à não violação dos direitos do trabalhadores como expressão dos direitos humanos está expressamente prevista no art. 6º:

É responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento [... e]

IX - comunicar internamente que seus colaboradores estão proibidos de adotarem práticas que violem os direitos humanos, sob pena de sanções internas; [... bem como]

XIV - adotar indicadores específicos para monitorar suas ações em relação aos direitos humanos.

26 Brasil. Decreto 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm>. Acesso em: 25out.2019.

Os programas de *compliance* e os códigos de conduta, como instrumentos regulatórios, que devem disseminar padrões de conformidade e integridade, pautando as condutas dentro dos limites éticos como parte da cultura da corporação²⁷ podem servir como uma arma no combate à violência de toda ordem.

3.2. Apontamentos em torno de aspectos críticos

Em resposta ao alardeado (mas não comprovado) aumento da eficiência, se instala a burocratização das empresas: mais tempo deve ser dedicado a cumprir exigências do que produzir. Na linha da obrigatoriedade se situa a imposição de documentação que, ademais, implica produzir prova contra si, o que poderá servir, inclusive, como meio de prova. Apenas a título de exemplo, por todos, o as corporações devem manter à disposição do Banco Central do Brasil toda documentação relativa à política de conformidade aprovada pelo Conselho de Administração e, por um quinquênio, relatório, “com periodicidade mínima anual, contendo o sumário dos resultados das atividades relacionadas à função de conformidade, suas principais conclusões, recomendações e providências tomadas pela administração da instituição”.²⁸

Em resposta à vantagem competitiva, tem-se que se todas as organizações adotarem programas de *compliance*, não haverá nenhum diferencial. Outrossim, as corporações atualmente contam com um nível de ingerência externa e de intervenção antes não visto. A título de exemplo, em relação à remuneração, a Comissão de Valores Mobiliários, em seu

27 Art. 9º, inc. I, “d”. Banco Central do Brasil. Resolução 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf>. Acesso em: 25out.2019.

28 Art.7º, inc. V e art. 11. Banco Central do Brasil. Resolução 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf>. Acesso em: 25out.2019.

Instrução 480,²⁹ com a redação dada pela Instrução 586/2017, estabelece que as companhias abertas devem divulgar os dados de remuneração de seus diretores e conselheiros.

A UK Corporate Governance Code,³⁰ de julho de 2018, exatamente neste trilhar, também estabelece princípios que devem ser observados quanto à remuneração, denotando que se trata de uma perspectiva afeta a todas as corporações, a saber:

Remuneration policies and practices should be designed to support strategy and promote long-term sustainable success. Executive remuneration should be aligned to company purpose and values, and be clearly linked to the successful delivery of the company's long-term strategy.

A formal and transparent procedure for developing policy on executive remuneration and determining director and senior management remuneration should be established. No director should be involved in deciding their own remuneration outcome.

Directors should exercise independent judgement and discretion when authorizing remuneration outcomes, taking account of company and individual performance, and wider circumstances.

Há, ainda, a possibilidade de se indicar a necessidade de um monitoramento independente para reduzir o risco de reincidência na conduta ilícita, como indicado no Memorandum Benczkowski,³¹ de outubro de

29 Item 13.11. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução 480, de 7 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst480consolid.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

30 UK. UK Corporate Governance Code. Disponível em: <https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

31 U.S. Department of Justice. Memorandum Benczkowski, de 11 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download>>. Acesso em: 25out.2019.

2018, emanado pelo Departamento de Justiça (divisão criminal), que estabelece “standards, policy, and procedures for the selection of monitors in matters being handled by Criminal Division attorneys”.

Em resposta aos ganhos de produtividade, invoca-se o custo elevado da sua manutenção, como se constata do 9º. Relatório anual de pesquisa sobre o custo do *compliance* da Thomson Reuters, que indica crescimento dos gastos em 2018 em relação aos anos anteriores.³² Segundo o Relatório da KPMG,³³ em 2013 os valores já eram elevados: “The industry is investing heavily in compliance with smaller funds spending USD700,000 on compliance on average, medium funds spending approximately USD6 million, and large funds are spending more than USD14 million”.

A pergunta que não quer calar remete ao questionamento sobre o que é mais caro – *compliance* ou propina? O dinheiro das multas pagas para as autoridades americanas em razão da FCPA é encaminhada ao Tesouro americano ou para finalizar demandas; do total de 8.872 milhões de dólares, apenas 1.774 milhões seriam de empresas americanas.³⁴ O Brasil aportou em 2016, pelas mãos da Embraer, 107,2 milhões de dólares³⁵; também em 2016, a Petrochemical Manufactures Braskem S.A. pagou 957 milhões de dólares (SEC);³⁶ ³⁷ em 2017, a Odebrecht/Braskem

32 Thomson Reuters. Cost of compliance Report 2018. Special Report. Disponível em: <<https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/reports/cost-of-compliance-2018>>. Acesso em: 25out.2019.

33 KPMG. The cost of compliance. Disponível em: <<https://home.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2014/07/Cost-of-Compliance.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

34 PIERUCCI, Frédéric; ARON, Matthieu. Le piège American. Paris. J.C.Lattes, 2019, p. 390.

35 U.S. District Court for the Southern District of Florida. Case 0:16-cr-60294-JIC. Deferred prosecution agreement. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/904581/download>>. Acesso em: 25out.2019.

36 U.S. District Court Eastern District of New York. Plea agreement. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919906/download>>. Acesso em: 25out.2019.

37 U.S. District Court for the District of Columbia. Case 1:16-cv-02488. Disponível em: <<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2016/comp-pr2016-271.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

desembolsou 3,5 milhões de dólares;³⁸ em 2018, pela Petrobrás, foram 853,2 e 933 milhões de dólares (SEC³⁹ e DOJ⁴⁰); ainda em 2018, as Centrais Elétricas Brasileiras S.A., pagou 2,5 milhões de dólares;⁴¹ em 2019, a Telefônica Brasil S.A., pagou 4.125.000 dólares.⁴²

Nem sempre evita a reiteração da conduta, entretanto. No ano de 2008 a Siemens pagou uma multa de 800 milhões de dólares por investigação de corrupção, o que foi considerado à época, o maior caso de corrupção da história.⁴³ Em 2019, segundo a Reuters, a Siemens volta a ser investigada, junto com a Johnson & Johnson, GE e Philips por caso de corrupção na área de saúde no Brasil, na venda de equipamentos médicos ao SUS.⁴⁴

A Philips Medical Systems reconheceu o cometimento de crimes –fraudes na venda de equipamentos para o Ministério da Saúde e Secretaria de estado de saúde do Rio de Janeiro– e firmou um acordo de leniência com a força-tarefa da Operação Lava Jato no Rio de Janeiro por

38 U.S. Department of Justice. The United States Attorney's Office. Odebrecht And Braskem Plead Guilty And Agree To Pay At Least \$3.5 Billion In Global Criminal Penalties To Resolve Largest Foreign Bribery Case In History. Publicado em 21dez.2016. Disponível em: < <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-criminal>>. Acesso em: 25out.2019.

39 U.S. Securities and Exchange Commission. Securities act of 1933. Securities exchange act of 1934. Accounting and auditing enforcement release. Administrative proceeding. File 3-3989 Disponível em: < <https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/33-10561.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

40 U.S. Department of Justice. Criminal Division. Agreement. Disponível em: < <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1096706/download>>. Acesso em: 25out.2019.

41 U.S. Securities and Exchange Commission. Accounting and auditing enforcement. Administrative proceeding. File 3-18962. Disponível em: < <https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/34-84973.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

42 U.S. Securities and Exchange Commission. Accounting and auditing enforcement. Administrative proceeding. File 3-19162. Disponível em: < <https://www.sec.gov/litigation/admin/2019/34-85819.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

43 U.S. Department of Justice. Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>>. Acesso em: 25out.2019.

44 FBI investiga Johnson & Johnson, Siemens, GE e Philips por casos de corrupção no Brasil. Jornal Folha de São Paulo. Caderno Mercado. Publicado em 17mai.2019. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/idBRKCN1SN1YV-OBRT>>. Acesso em: 25out.2019.

R\$ 59,9 milhões com o governo federal e do Rio de Janeiro, a título de ressarcimento por danos materiais e morais:

A operação levou o FBI a abrir investigação contra a Philips e outras multinacionais citadas no caso, como Johnson & Johnson, Siemens e General Electric.

Dentre 1977, a lei tornou ilegal cidadãos e empresas norte-americanas ou empresas estrangeiras que tenham ações listadas nos EUA pagarem autoridades estrangeiras para fechar negócios.

A procuradora da República Marisa Ferrari confirmou em uma entrevista à Reuters que autoridades do Departamento de Justiça dos EUA e da SEC (Securities and Exchange Commission, que regula o mercado de capitais nos EUA) estão auxiliando a investigação brasileira sobre equipamentos médicos que ela ajuda a comandar.

198

‘A gente está sempre compartilhando informações sobre esta investigação com o FBI. Pedem documentos, a gente encaminha, e eles estão investigando também. A gente já recebeu muito material do Departamento de Justiça, da SEC. Enfim, estamos em contato com eles permanentemente’, disse Ferrari no ano passado à Reuters.

Duas autoridades envolvidas nas investigações com conhecimento direto do assunto confirmaram à Reuters que Johnson & Johnson, SiemensEGn.GE e Philips estão na mira do FBI pelo suposto pagamento de propinas no Brasil.

As fontes pediram anonimato por não terem autorização para discutir o lado norte-americano da investigação.

O FBI não quis confirmar nem negar a existência de qualquer investigação. A SEC disse por email que não comentará.⁴⁵

45 FOLHA DE SÃO PAULO. Caderno Mercado. 9dez.2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/philips-paga-r-60-mi-em-acordo-de-leniencia-por-fraudes-na-saude.shtml>>. Acesso em: 9dez.2020.

No momento em que um país abre mão da sua jurisdição, para acolher diretrizes, regras e princípios ditados por outro, a soberania e a própria ordem constitucional está em crise.

4. Conclusões

Ainda que seja apenas para garantir uma positiva imagem para corporações ou órgãos governamentais perante a comunidade nacional e internacional, melhorando o desempenho e o relacionamento com os *stakeholders* ou cidadãos, os códigos de conduta, *due diligence* e os programas de *compliance*, adotados voluntariamente ou por imposição de atuação do público e do privado na lógica de mercado, ou para evitar riscos reputacionais e financeiros, servem como compromissos assumidos e obrigações que devem ser adimplidas no espaço da ética na conduta, instalam uma nova episteme no direito, que se fulcra na racionalidade econômica da eficiência.

Não se trata de um plano de normatividade supranacional, mas da observância de instrumentos, regras e princípios transpostos de um sistema a outro, de um país a outro, sem que seja necessário qualquer modificação constitucional. O desafio é responder ao lawfare com o limite de um direito vigente que se faz concreto e efetivo para evitar rompimento com os limites soberanos da normatividade constitucional, rejeitando o trasladar de padrões e procedimentos de sistemas estranhos (*common law* em relação ao *civil law*) que esfacelem e fragilizem a jurisdição constitucional e a democracia.



Bibliografia

Doutrina

1. BARROSO, Luis Roberto. Americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo moderno. Cadernos da Escola de direito e relações internacionais, Curitiba, v.2, n. 9, 2008.

2. BELLUZZO: “Lava Jato e Carne Fraca produziram 5 a 7 milhões de desempregados”. Entrevista ao Brasil de Fato. Curitiba. Publicado em 19jul.2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/07/19/belluzzo-lava-jato-e-carne-fraca-produziram-5-a-7-milhoes-de-desempregados/>>. Acesso em: 25out.2019.
3. Brasil é destaque em investigações de corrupção. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/blog/fcpa-william-barry>>. Acesso em: 25out.2019.
4. FBI investiga Johnson & Johnson, Siemens, GE e Philips por casos de corrupção no Brasil. Jornal Folha de São Paulo. Caderno Mercado. Publicado em 17mai.2019. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/idBRKCN1S-N1YV-OBRTTP>>. Acesso em: 25out.2019.
5. FOUCAULT, Michel. As palavras e as coisas. São Paulo : Martins Fontes, 1981.
6. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A americanização do Direito Penal pode ser bem-vinda? Jornal GGN. Publicado em 14mai.2019. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/politica/a-americanizacao-do-direito-penal-pode-ser-bem-vinda/>>. Acesso em 25out.2019.
7. GRANDJEAN, Geoffrey. Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sue le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction. In: Les juges: décideurs politiques? GRANDJEAN, Geoffrey; WILDMEERSCH, Jonathan (coord.) Bruxelles : Larcier Bruylant, 2016.
8. Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa (org.). Belo Horizonte : Arraes, 2015.
9. KPMG. The cost of compliance. Disponível em: <<https://home.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2014/07/Cost-of-Compliance.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.
10. LAÏDI, Ali. Le droit, nouvelle arme de guerre économique. Arles : Actes sud, 2019.
11. Não existe a menor dúvida de que a FCPA seja uma arma de política externa dos EUA. Jornal GGN. Publicado em 29mai.2019. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/eua-canada/nao-existe-a-menor-duvida-de-que-a-fcpa-seja-uma-arma-de-politica-externa-dos-eua/>>. Acesso em: 25out.2019.
12. PIERUCCI, Frédéric; ARON, Matthieu. Le piège American. Paris. J.C.Lattes, 2019.
13. ROMBOLI, Roberto. El control de constitucionalidad de las leyes em Itália. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>>. Acesso em: 2dez.2020.

14. SADY, André. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p27.pdf>. Acesso em 25out.2019.
15. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. Impeachment de 2016: uma estratégia de lawfare político instrumental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
16. THOMSON REUTERS. Cost of compliance Report 2018. Special Report. Disponível em: < <https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/reports/cost-of-compliance-2018>>. Acesso em: 25out.2019.
17. Um ato de corrupção, duas punições! Blog. Instituto Compliance do Brasil. Publicado em 28mai.2015. Disponível em: < <http://compliancebrasil.org/um-ato-de-corrupcao-duas-punicoes/>>. Acesso em: 25out.2019.

Normativa nacional do Brasil

1. BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Brasília. [1992]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 25out.2019.
2. BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Brasília. [1998] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em 25out.2019
3. BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília. [2013]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/L12846.htm>. Acesso em 25out.2019
4. BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília. [2016] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em 25out.2019.
5. BRASIL. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 25out.2019.

6. BRASIL. **Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília. [2017] Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm>. Acesso em 25out.2019.
7. BRASIL. **Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm>. Acesso em: 25out.2019.
8. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução n. 4.595, de 28 de agosto de 2017**. Dispõe sobre a política de conformidade (**compliance**) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Brasília. [2017]. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf>. Acesso em 25out.2019.
9. BRASIL. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. **Portaria n. 877, de 6 de junho de 2018**. Brasília. [2018] Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/mapa-exige-que-prestadores-de-servicos-instituam-programas-de-integridade/Portaria-877MAPA2018ProgramadeIntegridadedoMAPAaprovadopelaPortariaMAPANo705de07042017jun.pdf>>. Acesso em 25out.2019.
10. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 586, de 8 de junho de 2017**. Altera e acrescenta dispositivos à Instrução CVM n. 480, de 7 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst586.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.
11. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 480, de 7 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst480consolid.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.
12. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Ofício circular CVM/SEP n. 3, de 28 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sep/anexos/oc-sep-0319.pdf>> Acesso em: 25out.2019.
13. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portaria n. 1.089, de 25 de abril de 2018**. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade. Brasília. [2018]. Disponível em: <<https://www>>.

cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018.pdf>. Acesso em 25out.2019

14. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Guia de integridade pública**. Brasília. [2019] Disponível em:
15. <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia-de-integridade-publica.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

Normativa de estados estrangeiros e organismos internacionais

1. OCDE. ORGANIZACION PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. **Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros em transacciones comerciales internacionales**. Conferencia Negociadora de 21 de novembro de 1997. Paris. [1997]. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf>. Acesso em 25out.2019.
2. OCDE. ORGANIZACION PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. **Recomendación de la OCDE sobre integridad pública. 2017**. Paris. [2017] Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>>. Acesso em 25out.2019.
3. OIT. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. **Acta Provisional 7A**. Reunión de 20 de junio de 2019. Ginebra. Disponível em: https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711244.pdf>. Acesso em: 25out.2019.
4. OIT. Organização Internacional do Trabalho. Convenção 190 sobre violência e assédio no mundo do trabalho. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711242.pdf>. Acesso em: 25out.2019.
5. ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto global contra a corrupção de 2000**. Genebra. [2000]. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br>>. Acesso em 25out.2019.
6. UK. **UK Corporate Governance Code**. Disponível em: <https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.
7. **Referências aos Estados Unidos da America**
8. U.S. Department of Justice. The United States Attorney's Office. **Odebrecht And Braskem Plead Guilty And Agree To Pay At Least \$3.5 Billion In Global Criminal Penalties To Resolve Largest Foreign Bribery Case In History**. Publicado em 21dez.2016. Disponível em: <<https://www.justice>

- gov/usao-edny/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-criminal>. Acesso em: 25out.2019.
9. U.S. Department of Justice. Criminal Division. **Agreement**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1096706/download>>. Acesso em: 25out.2019.
 10. U.S. Department of Justice. **Memorandum Benczowski, de 11 de outubro de 2018**. Disponível em: < <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download>>. Acesso em: 25out.2019.
 11. U.S. Department of justice. Office of the Deputy Attorney General. **Memorandum Filip, de 28 de agosto de 2008**. Principles of federal prosecution of business organizations. Disponível em: < <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf>>
 12. Acesso em: 25out.2019.
 13. U.S. Department of Justice. **Memorandum Thompson, de 20 de janeiro de 2003**. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 25out.2019.
 14. U.S.A. Department of Justice. Office of Public Affairs. Justice News. 27set.2018. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations>>. Acesso em: 2dez.2020.
 15. U.S. Department of Justice. **Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>>. Acesso em: 25out.2019.
 16. U.S. District Court Eastern District of New York. **Plea agreement**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919906/download>>. Acesso em: 25out.2019.
 17. U.S. District Court for the Southern District of Florida. **Case 0:16-cr-60294-JIC**. Deferred prosecution agreement. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/904581/download>>. Acesso em: 25out.2019.
 18. U.S. District Court for the District of Columbia. **Case 1:16-cv-02488**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/litigation/complaints/2016/comp-pr2016-271.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.
 19. U.S.A. **Forreign corrupt practices act - FCPA**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 25out.2019. Disponível em: <<http://compliancebrasil.org/um-ato-de-corrupcao-duas-punicoes/>>. Acesso em: 25out.2019.

20. U.S. Securities and Exchange Commission. **Accounting and auditing enforcement. Administrative proceeding. File 3-18962.** Disponível em: <<https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/34-84973.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.
21. U.S. Securities and Exchange Commission. **Accounting and auditing enforcement. Administrative proceeding. File 3-19162.** Disponível em: <<https://www.sec.gov/litigation/admin/2019/34-85819.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.
22. U.S. Securities and Exchange Commission. **Securities act of 1933. Securities exchange act of 1934. Accounting and auditing enforcement release. Administrative proceeding. File 3-3989.** Disponível em: <<https://www.sec.gov/litigation/admin/2018/33-10561.pdf>>. Acesso em: 25out.2019.

Justiça constitucional: a necessária vigilância na manutenção dos avanços

✍ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO*

1. Introdução

Muitos dos direitos assegurados pelo texto constitucional de 1.988 não conseguiram sua efetivação como esperavam os estudiosos daquela época. Havia uma série de providências que deveriam ter sido tomadas, legislações complementares, providências administrativas, dentre outras. No entanto, quer por desinteresse político, quer por desinteresse econômico, muitos dos documentos não foram efetivados.

207

Alguns documentos, a partir da experiência constitucional de 1.988, não tiveram a efetivação esperada. Esse pequeno estudo pretende apontar algumas dessas situações e como o próprio Poder Constituinte Derivado tratou de resolver e mostrar como pode haver situações de risco a partir da efetivação de algum direito. O trabalho pretende demonstrar a necessidade, especialmente em democracias jovens, de vigilância para que os direitos não só não sejam implementados, como possam sofrer restrições. Se o texto constitucional prometeu uma série de direitos, retomando a cidadania abalada quando do governo militar, de outro lado, criamos uma cultura de zelar pelos direitos obtidos. Houve frustrações e alegrias com o texto de 1.988. Algumas frustrações foram contornadas,

* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

para que houvesse uma efetividade dos direitos; outros documentos ficaram aguardando regulamentação ou mesmo medidas legislativas. Outros, por seu lado, foram resolvidos a partir de ajustes promovidos pelo Poder Judiciário.

A idéia será mostrar a necessidade de vigilância permanente sobre direitos efetivados. E, para tal demonstração, vamos buscar um caso bastante recente, ou seja, o direito à inclusão. Partindo do direito ao convívio e o direito à inclusão, especialmente das pessoas com deficiência e com as pessoas com deficiência, apresentaremos alguns marcos importantes para a consolidação desses direitos. E, com a consagração e reconhecimento, apresentaremos a tentativa de ameaça aos direitos assegurados e, esperamos, um desfecho positivo, pois não há ainda decisão sobre o tema pelo Poder Judiciário.

Vamos começar, portanto, apresentando um quadro protetivo de direitos das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1.988.

208

O tema, portanto, será analisado, preliminarmente, apresentando a dúvida que se estabeleceu na doutrina quanto a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, que seriam assinados pelo Brasil. A solução, como será visto adiante, terminou com a elaboração de uma Emenda à Constituição para terminar com o debate provocado pelas interpretações sobre o dispositivo.

2. Os instrumentos internacionais de Direitos Humanos e a Constituição do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1.988. Foi fruto de um debate que tinha como objetivo abandonar de vez os traços autoritários do regime instalado. Portanto, foi com muita alegria que todos participaram do texto, procurando demonstrar os novos horizontes que se abriam ao povo brasileiro. A instalação de uma Constituinte revelou a pluralidade dos interesses e o debate para efetivação dos direitos fundamentais, pouco existente quando do regime autoritário anterior a 1.988.

Um dos pontos era exatamente a preocupação com os instrumentos internacionais de proteção. Com essa preocupação, dentre outros artigos, surgiu o parágrafo segundo, do artigo quinto, da Constituição. Não seria o caso aqui de mencionar os dispositivos que traziam os princípios do novo texto. Para o nosso estudo, seria importante começarmos com o parágrafo segundo, do artigo quinto, que disciplina:

“Parágrafo segundo: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, depois de quase oitenta incisos, assegurando direitos, surgiu o parágrafo segundo.

Ocorre que a doutrina discutia em que hierarquia esses instrumentos internacionais mencionados ingressariam no sistema. Boa parte da doutrina entendia que entraria como norma ordinária; outro grupo, entendia que ingressaria como norma constitucional e, por força do artigo 60, tornar-se-ia uma cláusula pétrea; e outro grupo ainda, entendia que haveria um estágio intermediário entre a norma constitucional e a lei ordinária.

209

Para que o tema fosse resolvido, a Emenda Constitucional número 45, de 2004, tratou de criar o parágrafo terceiro, que não deixava mais dúvidas. Assim disciplina o parágrafo em comento:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Portanto, podemos afirmar que a partir da referida emenda à Constituição, passamos a ter duas categorias de instrumentos internacionais: os que se submeteram ao rito previsto no artigo terceiro, agora com status de emenda à Constituição e aqueles que não se submeteram ao processo especial, sendo aprovado por maioria singela, o que não teria o mesmo efeito, ingressando com efeito de uma norma ordinária.

A partir da alteração do texto constitucional que, como vimos, ocorreu em 2004, até o momento, apenas dois instrumentos foram aprovados com a fórmula especial: a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Tratado de Marraquexe, ambos que protegem direitos das pessoas com deficiência.

Assim, não podemos deixar de iniciar esse trabalho sem mencionar a qualidade especial de ingresso da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Foi o primeiro documento aprovado com a nova fórmula. E, portanto, ingressou, indubitavelmente, com qualidade de emenda à Constituição.

E, como sabemos que os direitos individuais são cláusulas pétreas, as normas da Convenção ingressaram com qualidade imutável no sistema normativo brasileiro.

210

Essas primeiras observações tem a finalidade de propiciar uma aproximação com o tema, narrando, em linhas gerais, o ingresso desse instrumento que recebeu status de emenda à Constituição.

3. O tema das pessoas com deficiência e a Constituição Federal

A proteção constitucional das pessoas com deficiência recebeu seu primeiro marco constitucional específico (sem considerar a garantia de igualdade genérica) com a Emenda Constitucional número 12, na Constituição de 1.967. Os dizeres da emenda não foram incorporados ao texto, permanecendo separados. Havia, evidentemente, uma intenção clara de segregar. Garantir, mas segregar. Ficavam ao final do texto constitucional, sem a devida incorporação ao corpo principal. Sinal claro de segregação! Terminado o texto regular, ingressava-se na leitura da Emenda que ficou ao final, sem incorporação do seu texto. Sinais bem claros da segregação.

A Constituição Federal de 1.988, além da igualdade, garantida de forma genérica, já trazia dispositivos específicos sobre vagas reservadas em concursos públicos para as pessoas com deficiência, acessibilidade (tanto para imóveis novos como para os já existentes) e trazia garantia de proteção.

Portanto, o texto é bem mais específico e detalhado do que o texto anterior. Podemos discutir a eficácia de cada dispositivo. No entanto, inegável o avanço entre o texto constitucional anterior (1.967) e o texto atual.

E foi no texto atual que surgiu a possibilidade de ingresso dos instrumentos internacionais de direitos humanos pela via especial do parágrafo terceiro, do artigo quinto, da Constituição Federal. Uma reforma constitucional permitiu o ingresso do dispositivo. E o primeiro instrumento veiculado pela nova fórmula foi exatamente a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Não é razoável interpretar-se a Constituição Federal se a leitura cuidadosa da Convenção da ONU acima mencionada.

Portanto, como visto, o primeiro instrumento aprovado na forma do artigo quinto, parágrafo terceiro, não inaugurou o tema, mas trouxe normas importantíssimas ao sistema, modificando o conceito de pessoa com deficiência e trazendo uma preocupação fortíssima com a inclusão. A visão médica foi abandonada em troca de uma visão multifacetada, com análise de uma equipa multidisciplinar.

211

A partir da aprovação da referida Convenção, ficou claro que deveria haver o estabelecimento de uma normativa interna, com detalhes para permitir a solidificação dos dizeres trazidos pela Convenção. O detalhamento era necessário para instrumentalizar os direitos assegurados na Convenção.

Elaborou-se, então, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência, a lei federal 13.146 de 2015. O documento procurou sistematizar os direitos garantidos de forma genérica na Convenção, permitindo, no âmbito interno, a sua aplicação. Criou, no plano da lei ordinária, as condições para que fosse aplicada a mencionada Convenção. Se houve pouco reflexo quando da aprovação da Convenção, não se pode dizer o mesmo quando da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Muitos civilistas criticaram as mudanças, como se elas tivessem se efetivado pela lei ordinária. Na verdade, já estavam no sistema. A lei apenas externalizou os comandos consagrados e recebidos com força constitucional, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo quinto, da Constituição Federal.

4. O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146-2015)

O documento legal está indicado na íntegra.¹ O Estatuto trouxe disciplina bastante inovadora, dando cumprimento aos dizeres do texto constitucional. Ou seja, como primeiro documento aprovado com status de emenda à Constituição, seus dizeres deveriam produzir na ordem interna o que foi ajustado no plano internacional. Assim, com a autorização do Congresso Nacional (para aprovar a Emenda à Constituição e para aprovar a Convenção como documento integrante do texto constitucional), foi elaborada pelo próprio Congresso o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Como não poderia deixar de ser, a lei ordinária (Estatuto da Pessoa com Deficiência) seguiu todos os parâmetros da Convenção. Adotou no novo conceito de pessoa com deficiência, reconheceu a autonomia desse grupo de pessoas, cuidou da acessibilidade de forma ampla, com os conceitos abrangentes da Convenção, enfim, operacionalizou, no território brasileiro, os comandos da Convenção. O texto ficou longo, detalhado, mas claro e muito bem elaborado.

Por conta do novo instituto legal ordinário, houve modificação no conceito de pessoa com deficiência, tratou-se de uma nova perícia, condzente com a nova definição de pessoa com deficiência, exigindo uma equipe multidisciplinar, dentre outras inovações.

Algumas delas, no entanto, provocaram uma certa dificuldade de entendimento, especialmente, no tocante à educação. Antes de ingressarmos no ponto, importante verificarmos que há um direito fundamental instrumental, o direito à acessibilidade. Esse direito instrumental fundamental necessita ser implementado para que outros sejam exercidos. Como imaginar o direito à saúde desse grupo de pessoas, quando não há transporte acessível aos hospitais e clínicas de reabilitação? Como se imaginar o direito à educação, se as escolas não são acessíveis e nem tampouco

1 Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

estão preparadas para receber alunos com as mais variadas deficiências. Como pensar em uma escola, sem obediência ao desenho universal. Portanto, a acessibilidade é pressuposto para o exercício dos direitos das pessoas com deficiência. Não podemos garantir os direitos para as pessoas com deficiência, sem a garantia desse direito instrumental: a acessibilidade. Sobre esse direito instrumental fundamental, a legislação brasileira vinha adiando a exigência do cumprimento de regras de acessibilidade. A Constituição Federal (ainda antes da aprovação da Convenção) garantia o direito à acessibilidade. Mas ele dependeria de lei. E a lei demorou para ser feita. Mesmo que imaginássemos os bens já existentes e os bens novos, ambos demoraram para ter seu regramento submetido às leis da acessibilidade. Foi por isso que o Estatuto da Pessoa com Deficiência cuidou de trazer norma que impossibilitava a modificação do prazo para novas reaberturas para o cumprimento da normal, como se vê do artigo 121. Foram tantos os adiamentos, que a norma especial não permitiu mais postergações, exigindo que os comandos de acessibilidade viessem logo a ser efetivados.

Um dos pontos mais importantes, no entanto, relativos ao Estatuto da Pessoa com Deficiência pode ser marcado pela exigência do direito à educação. A lei foi clara e determinou que as escolas, públicas ou privadas, recebam todas as crianças, com e sem deficiência. Essa determinação, que pode ser encontrada no artigo 28 e 39, mostra que a idéia é evitar o segregacionismo das escolas especiais. Crianças com e sem deficiência devem conviver na mesma escola, ou seja, convivendo, aprendendo umas com as outras. Os artigos 28 e 30 da Lei 13.146-15 mostram o caminho da inclusão social.

Assim, dentre os diversos direitos assegurados às pessoas com deficiência, a Lei determinou que houvesse escolas onde todos estudassem juntos, sem segregação. As crianças com deficiência convivem em espaços comuns com as crianças sem deficiências. As sem deficiência aprenderão a conviver com as diferenças, experimentando uma realidade que as ajudará para a vida toda. E as crianças com deficiência poderão conviver com outras crianças, não só aprendendo, mas ensinando, mostrando como é possível a diversidade em nossa sociedade.

O dispositivo legal, que garantia a inclusão, que estava perfeitamente sintonizado com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi apontado como inconstitucional, pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino-Confenem, que estava legitimada pela Constituição Federal a ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade. E assim procedeu, ajuizando uma ação direta de inconstitucionalidade que, em nosso sistema, gera efeitos “erga omnes” e vinculantes. Ou seja, a decisão da Corte sobre o tema reconheceria a norma como inconstitucional e desobrigaria a todas as escolas do país da tarefa da inclusão.

De outro lado, se julgada improcedente a medida (ou seja, reconhecida a sua constitucionalidade), a mesma obrigatoriedade seria vista agora ao contrário, ou seja, todos deveriam seguir a norma, com efeitos vinculantes para todos.

214

O feito recebeu o número 5357, podendo ser encontrado no sítio do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5357&numProcesso=5357>), assim como todas as suas peças, incluindo aí a decisão.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino pediu a medida liminar para assegurar a suspensão do artigo impugnado antes do julgamento final. Ou seja, alegando perigo na mora e vestígio do bom direito, elementos ensejadores da medida liminar, pedia a suspensão imediata da norma, mesmo sem ouvir a parte contrária. Pedia, portanto, a suspensão sem a oitiva da parte contrária.

A ADI 5357 foi distribuída ao Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, que negou a medida liminar.

Houve grande impacto social com o pedido do órgão representativo das escolas privadas. Várias instituições compareceram para litigar pelo lado da manutenção da norma no sistema. Foram quatorze entidades, desde a Ordem dos Advogados do Brasil, passando por diversas associações de pessoas com deficiência, que entendiam que havia um direito

à inclusão social, evitando um ensino segregado e a total falta de convívio entre crianças com e sem deficiência. A idéia de estarem juntos refletia um convívio que não seria fácil no início, mas que geraria grandes benefícios para as duas partes, crianças com e sem deficiência.

A medida liminar, como já anunciado, foi negada. Quando a decisão foi para o Plenário da Corte, para ser ratificada, os Ministros pediram que o julgamento fosse convertido em definitivo, possibilidade assegurada pelo artigo 12, da Lei 9868-99.

Diante da unanimidade pelo julgamento imediato, já com as informações prestadas, a Corte se reuniu, diante da possibilidade que o processo lhes facultava, ou seja, julgar de forma definitiva algo que havia sido apreciado em caráter liminar.

Assim, a Corte se reuniu para julgar o feito. Sua composição é de 11 Ministros. Um não compareceu por questões de saúde.

O feito então foi lançado a mesa e o julgamento terminou com a votação expressiva de nove a um. Ou seja, dos dez Ministros Presentes, apenas um discordava da tese, o Ministro Marco Aurélio.

215

Todos os outros votaram pela inclusão, reconhecendo a constitucionalidade da norma.

O voto belíssimo do Ministro Relator, Edson Fachin merece leitura, pois reconhece o direito de o diferente participar da vida comum; mas reconhece também o direito de os não diferentes conviverem com ele, aprendendo, tornando-se mais acolhedores. A decisão é belíssima, como pode ser vista².

Assim, por nove votos a um, a matéria foi julgada. E, como já afirmado, com efeitos vinculantes, quer dizer, o tema deve ser seguido por todas as escolas, em todos os locais do país.

2 Cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>

5. O efeito vinculante e o dever de estar vigilante

Com o novo governo federal, a política de inclusão foi alterada. Não poderia ser alterada para modificar o julgamento da Corte Suprema. No entanto, em muitos aspectos, nota-se uma implantação de novos ares, muitos deles contrários ao processo de inclusão.

Como já visto, a decisão tomada no controle direto de inconstitucionalidade tem efeito vinculante e cria obrigação para todos.

No entanto, todos foram surpreendidos com o Decreto número 10.502, de 30 de setembro de 2020, do Presidente da República, que facilita e incentiva o desenvolvimento de escolas segregadas. Afirma que há um ensino especial, que referido ensino é necessário e que precisamos reforçar as escolas especiais. Em momento algum, a decisão da Corte Suprema assegurou que as pessoas com deficiência não teriam ensino específico. Apenas que ele deveria ser dado na escola regular. Aulas de reforço, matérias específicas, tudo assegurado dentro do âmbito escolar regular.

216

Contrariando tal postura, o Decreto número 10.502-20 disciplina e incentiva o vetor contrário do que assegurado pelo Supremo Tribunal Federal, que, interpretando a lei ordinária, entendeu que a inclusão deveria estar presente.

6. A reação da sociedade

Não estamos afirmando que a decisão do Supremo Tribunal Federal é correta ou não. Apenas que deveria ser cumprida sem mais delongas e sem hesitação.

No entanto, o Decreto presidencial incentiva o Estado a seguir no caminho contrário ao vetor determinado pela Corte Suprema.

Foram vários os instrumentos processuais ajuizados pelos que se sentiram prejudicados pelo referido Decreto. Pelo sistema processual brasileiro, a reclamação tem o caráter de, reconhecendo o descumprimento de uma decisão, propiciar a correção pelo órgão prolator da decisão.

Ela vem disciplinada no artigo 102, inciso I, alínea “I” da Constituição Federal.³

Diante do aparente descumprimento da decisão por parte do Governo do Brasil, muitos foram ao Supremo Tribunal Federal. O Ministério Público de São Paulo foi um deles, ajuizando uma reclamação. Outros também não se conformaram. Não se trata aqui de defender a posição de um ou de outro (apesar de claramente entendermos que a norma posterior feriu os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal). Aliás, escrevemos isso quando da elaboração de nosso trabalho “Pessoas com Deficiência e o dever constitucional de incluir: uma decisão vinculante e muitos sinais inequívocos.”⁴

Mesmo assim, mesmo com sinais inequívocos e decisão vinculante, ou seja, que obriga o Poder Legislativo, que obriga o Poder Executivo e o Poder Judiciário, houve a edição do referido decreto.

Podemos arrolar, dentre outros procedimentos ajuizados contra a edição do referido Decreto, os seguintes:

217

Isso sem falar das manifestações junto ao Congresso Nacional. Um decreto presidencial pode ser suspenso por decisão do Congresso Nacional, por força de um decreto legislativo. Para tanto, já há projetos de decreto legislativo para suspender a decisão da Presidência da República, mostrando que a Casa Legislativa está atenta ao tema.

7. O dever de vigilância

A sociedade encontrará (e aqui não segue nenhum juízo de valor) valores protegidos pelos Poderes e implementados por políticas públicas. E, quando houver confronto de ideias ou valores, deverá se socorrer do Poder Judiciário, como em qualquer Estado democrático de Direito.

3 Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar: I- a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

4 Cf. Editora Verbatim, Luiz Alberto David Araujo. São Paulo, 2018.

A idéia desse pequeno trabalho é mostrar o dever de a sociedade se manter sempre atenta ao que entende correto, quer esteja no campo de atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou mesmo do Poder Judiciário. Houve uma reação forte dos grupos que cuidam do tema da pessoa com deficiência, que entendem que o convívio é a melhor forma de inclusão e participação na sociedade. Não se pode falar em Estado Democrático de Direito sem a necessária participação de todos. Ao se deparar com um Decreto Presidencial que determina um caminho inverso ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, a sociedade deve reagir. No caso, já reagiu. Foram diversas medidas que atacam o referido Decreto.

Há um dever de vigilância permanente diante dos direitos assegurados. Não importa a forma como foram assegurados, quer por via legislativa, quer por via judicial. No caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi escancarada (nove votos a um). Com votos muito bem lançados e bem discutidos. Houve o reconhecimento de que o direito à inclusão tem mão dupla: é o direito daquele que precisa ser incluído; e há o direito daquele que precisa da inclusão, para reconhecer no outro, pontos que são importantes e dos quais não tinha conhecimento.

Portanto, o presente trabalho tem como finalidade mostrar que há necessidade de uma vigilância diária e persistente, sob pena de os direitos assegurados ruírem por medidas que atentem aos valores consagrados.

Isso pode ocorrer por uma lei posterior, por uma tentativa de regresso de uma situação ou ainda por medidas posteriores que quebram os caminhos traçados por quem assegurou a inclusão.

Voltemos ao título desse pequeno trabalho. Inegável o avanço, a sensibilidade do Supremo Tribunal Federal, a decisão por maioria esmagadora da tese da inclusão. Os votos foram muito consistentes, especialmente, o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, que garantiu um duplo direito: o direito de ser incluído e o direito de conviver com as diferenças, duas faces de um mesmo bem.

O decreto presidencial é exatamente em sentido contrário. Poderia, o Presidente da República, por decreto (que tem como finalidade dar

cumprimento à lei), determinar que a lei tenha interpretação diferente? A resposta é negativa.

No caso, vamos aguardar as decisões dos Tribunais ou mesmo do Parlamento, já que há projetos de decreto legislativo, destinados a suspender o ato presidencial.

Para nosso propósito, é importante deixar claro que as batalhas constitucionais pelos direitos devem ser travadas de forma permanente, sem descanso. E a vigília deve ser diária. A idéia foi mostrar como pode haver ameaças aos direitos já assegurados, independentemente, da forma como foram assegurados. No caso, uma decisão cristalina por nove votos a um. Mas, ainda assim, há tentativas de mudança da situação. Por isso, há o dever de vigiar, de manter os avanços constitucionais. E o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo tem o dever de acolher os pleitos de resistência.

A título de ilustração, assim que o Presidente da República editou o Decreto número 10.502, de 30 de setembro de 2020, algumas medidas judiciais e extras judiciais já foram tomadas.

219

Dentre outras, o ajuizamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (medida de controle direto da constitucionalidade) ajuizada pelo Partido Político Rede Solidariedade, deu entrada no dia 05 de outubro de 2020, alguns dias depois da expedição do referido Decreto⁵. No mesmo processo, já há várias entidades que pediram seu ingresso na qualidade de “amicus curiae”, todas representativas da sociedade.

Outro partido político, o Partido Socialista do Brasil-PSB também ajuizou uma medida, uma ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, discutindo a legalidade do tema⁶.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em 06 de novembro de 2020, tratou de ajuizar uma reclamação, instituto processual instituído

5 cf. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6021086>

6 Cf - <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&sl=751&numProcesso=6590>

com a finalidade de restabelecer decisão do Poder Judiciário que teria sido desrespeitada pela parte⁷. No caso, a matriz seria a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357 já mencionada. Por haver desrespeitado a decisão e seus vetores, o Parquet de São Paulo pretende o restabelecimento dos efeitos da decisão da Corte Suprema, afastando, portanto, o decreto presidencial impugnado.

Há pedidos de ingresso na ação na qualidade de “amicus curiae” de diversas entidades. A Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID também ingressou no feito ajuizado pelo Partido Político, colocando-se ao lado do autor.

Um parecer jurídico solicitado por uma importante instituição de defesa das pessoas com deficiência, o Instituto Alana também compõe o quadro de defesa quanto à alegada inconstitucionalidade.

220

Todas essas medidas foram ajuizadas em um intervalo de tempo muito exíguo. E reuniu poderes públicos (Ministério Público dos Estados), associações privadas, todos atentos à movimentação promovida pelo Governo Federal. Houve partidos políticos (que são legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade) demandando contra a medida do governo federal. E o próprio Congresso Nacional se movimentou para a edição de um Decreto Legislativo, com o intuito de sustar o ato do Presidente da República.

8. Para ameaças frequentes, um sistema bem organizado

Não se trata neste pequeno estudo de afirmar que há ou não ameaça ao sistema constitucional. No entanto, a idéia é demonstrar como as garantias constitucionais podem ser ameaçadas, se não excluídas. Especialmente em democracias mais jovens, os direitos assegurados geram reações por parte dos que não tiveram seus pontos assegurados. Isso provoca, quer por via direta, quer por via reflexa, uma reação que tentará, de alguma forma, minimizar os ganhos democráticos do avanço.

7 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6047358>

Para isso, a sociedade deve estar atenta e vigilante. No caso trazido como exemplo, em menos de um mês, uma sequência de demandas perante o Supremo Tribunal Federal foram ajuizadas, encabeçadas por órgãos importantes como o Ministério Público Federal, associação de membros do Ministério Público defensores das pessoas com deficiência. Foram elaborados pareceres e mesmo no Congresso Nacional houve mobilização para edição de um decreto legislativo que suspendesse os efeitos do Decreto Presidencial.

Não sabemos do final do processo. No entanto, fica clara a resposta da sociedade contra a alegada violação de direitos. Também é importante notar que não são todos os grupos que tem esse grau de organização, que conseguem se mobilizar de tal forma.

No caso concreto, a sociedade reagiu de forma direta e flagrante contra a alegada ilegalidade. No entanto, fica um sinal claro para que as instituições estejam aparelhadas para enfrentar debates que podem levar à redução de garantias já asseguradas e conseguidas com muito esforço pela sociedade. A reação, muitas vezes, não ocorre com tamanha ênfase e com rapidez. Muitas vezes os direitos são superados por normas inconstitucionais ou mesmo por uma legislação contrária aos vetores assegurados.

221

Nesta apresentação, todos os agentes, de forma rápida e articulada, reagiram. Não é sempre assim. Muitas vezes, falta organização, falta condição para a organização, com falta de verbas para manutenção de um corpo de advogados, dentre outros problemas.

O que se pode concluir é que a sociedade deve estar, especialmente, em jovens democracias, aparelhada para reagir. E buscar no Poder Judiciário (ou mesmo pela via do Poder Legislativo) a reação contra a retirada de direitos. Não temos ainda uma solução jurídica para o tema. Não há decisão definitiva da Corte. Mas temos uma visão clara e inequívoca de que a jurisdição constitucional deve ser fiscalizada e acompanhada de perto pelos interessados, sob pena de retrocessos que podem comprometer o esforço de toda uma sociedade na busca de uma democracia mais efetiva.

Pode haver (e no caso, houve) um grupo contrário à educação inclusiva. No entanto, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas

com Deficiência e a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência são claras a garantir o ingresso das crianças com deficiência nas mesmas escolas das crianças sem deficiência.

De outro lado, quantos direitos assegurados não foram retirados, quer por legislações posteriores que poderiam esbarrar em obstáculos jurídicos constitucionais ou mesmo na vontade popular?

Esse pequeno trabalho mostra a necessária vigilância para a garantia dos direitos assegurados. As formas de restrição desses direitos são as mais variadas. Trouxemos alguns dos produtos elaborados às pressas para a manutenção dos direitos assegurados. A ameaça não demorou a chegar. Por isso, não basta estarmos sempre comemorando as vitórias. Temos que estar sempre atentos aos movimentos que querem reduzir direitos. A reação rápida da sociedade, neste caso, não é o traço uniforme das defesas sociais. Mas releva uma bela articulação em torno do direito das pessoas com deficiência. Em menos de 30 dias, diversas medidas judiciais e extra judiciais ajuizadas.

222

Há que estar vigilante para manter as decisões prolatadas em um Estado Democrático de Direito. A Justiça Constitucional deve assegurar. Mas também deve estar atenta para manter os direitos assegurados.



Bibliografia

1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 5357, in <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>
2. ARAUJO, Luiz Alberto David. Pessoas com Deficiência e o dever constitucional de incluir. A ação direta de inconstitucionalidade n. 5357: uma decisão vinculante e muitos sinais inequívocos, Verbatim, São Paulo, 2018.
3. Decreto N° 10502, de 30 de setembro de 2020. In <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948>

No todo es lo que parece, o sobre distintas maneras de “vivir sin amparo”

Reflexiones sobre la tutela jurisdiccional de los derechos
desde la perspectiva española

✍ FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO*

1. Preliminar: El profesor Romboli y la tutela jurisdiccional de los derechos: una primera comparación entre el sistema italiano y el español

Este texto pretende contribuir modestamente al merecido homenaje que la comunidad académica hace al profesor Roberto Romboli, de la Universidad de Pisa. Como sucede a veces en estos ámbitos, conocí primero al profesor Romboli por algunos de sus escritos, y más tarde tuve el placer de conocerlo y tratarlo personalmente, hasta trabar una sincera amistad, que en mi caso siempre ha ido acompañada de admiración por su persona y su obra. A veces se dice esto de distintas personas, pero pocas veces será tan cierto: el Romboli profesor e investigador y el Roberto Romboli persona parecen competir para ver quién destaca a más alto nivel, y yo no sabría responder quién gana en esa competición, pues en todas estas dimensiones estamos ante un ser de la mayor calidad, que es, por tanto, a la vez académica y humana. Pero centrándonos en la parte más académica, el profesor tiene una trayectoria impresionante de estudios y publicaciones en el ámbito del Derecho Constitucional; y en los últimos años ha destacado por su vocación latinoamericana, y especialmente por el prestigioso curso de alta formación que dirige exitosamente

223

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

en Pisa, y por el que han pasado centenares de cursantes de Europa y América. El profesor Romboli aprendió español en muy poco tiempo, y hoy es uno de los juristas más destacados en todo el panorama iberoamericano. Pero el éxito de este curso formativo, ya plenamente conocido “en ambos hemisferios”, no debería en modo alguno eclipsar su ingente labor como investigador, reflejada en gran cantidad de publicaciones, primero en italiano y ahora también en castellano, que suponen globalmente una contribución extraordinaria al desarrollo de nuestra doctrina. Sin duda alguna nuestra disciplina se seguirá enriqueciendo con nuevas aportaciones del profesor, cuya huella ha de permanecer y valorarse incluso por encima del merecido éxito de estos cursos de enero; aunque es indudable que estos suponen también una fuente destacada de transmisión del conocimiento gracias a la cual muchos juristas han podido acceder a los conocimientos, la amabilidad y el afecto del profesor y del resto de los juristas de la Escuela de Pisa, cuyos “cimientos” habían sido ya establecidos por el gran maestro Alessandro Pizzorusso.

El privilegio de leer los escritos del profesor Romboli y de conversar con él es –paradójicamente en un privilegio– ampliamente compartido por muchos juristas, pues sus escritos están al alcance de todos, y él es accesible como pocos investigadores. Pero yo he podido gozar de este privilegio y he intentado aprovecharlo en muy diversos contextos y situaciones a lo largo ya de no pocos años. Y me queda claro que ambos compartimos líneas comunes de intereses, en las que tanto he podido aprender de él. Entre ellas hay que destacar la justicia constitucional, y de forma más especial la cuestión de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, núcleo del citado curso, de tantas de sus publicaciones (como muestra, ROMBOLI, 2017; ROMBOLI & CARRILLO, 2012), y de no pocas conversaciones que hemos mantenido. Y por ello, a la hora de pensar en el tema para mi contribución a este homenaje colectivo, no he dudado en que esta debería ser la línea de mi trabajo.

Por ello quiero partir de algo que con tanta frecuencia hemos hecho con el profesor Romboli en diversos foros. Una comparación entre el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en España y en Italia. Me anticipo a señalar que esta comparación puede resultar un

tanto aislada, descontextualizada, y ajena a los parámetros más rigurosos de la comparación jurídica, tal y como los han establecido por ejemplo nuestros amigos de la Escuela de Bolonia (entre otros, PEGORARO & RINELLA, 2020; PEGORARO 2015; BAGNI, 2014). Pero creo que tiene sentido, primero porque existen notorias similitudes entre los sistemas de justicia constitucional de Italia y España, pero también porque existen precisamente diferencias significativas en lo relativo específicamente a la tutela jurisdiccional de los derechos. Por lo demás, ambos sistemas comparten un proceso que prácticamente está ausente en los sistemas iberoamericanos, como es la vía incidental. En todo caso, si ahora me interesa esta comparación es para demostrar que lo que puede parecer obvio en una análisis superficial o basado solo en el diseño jurídico de cada uno de estos sistemas, no lo es tanto si analizamos su evolución, desarrollo y aplicación práctica a lo largo de los años. Todo lo cual sirve para enfatizar la importancia de una visión dinámica y “realista” en el análisis de los sistemas de justicia constitucional.

Plantearé ahora, por tanto, las pautas básicas de esa comparación, desde una perspectiva general, para tratar de demostrar, tras un análisis más a fondo de la regulación y el funcionamiento del amparo español, que algunas diferencias “no son lo que parecen”.

En efecto, podríamos partir de que el Tribunal Constitucional español y el italiano tienen notorias similitudes en el ámbito de las competencias en materia de control de constitucionalidad de normas y de conflicto de competencias. En cuanto a lo primero, ambos conocen de procesos directos de control de constitucionalidad, así como de vías incidentales que puede iniciar cualquier juez para plantear al Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad de normas con rango de ley. Estos procesos, en principio, implican un control objetivo, general y abstracto, de la constitucionalidad de las normas, aunque los perfiles concretos pueden penetrar en mayor o menor medida en el proceso incidental. Pero hay, como ya he apuntado, una diferencia aparentemente muy significativa: mientras Italia carece de procesos específicos de tutela de los derechos fundamentales, España tiene, constitucionalmente hablando (art. 53.2), un proceso preferente y sumario para la tutela de los

derechos fundamentales y, además, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

De este examen meramente jurídico-formal, y un tanto superficial, podría deducirse que el sistema español tiene un más acusado carácter subjetivo, o incluso que el acceso de los ciudadanos al Tribunal Constitucional es más abierto en nuestro sistema. Pero creo que esta idea debería matizarse seriamente. Es verdad que en Italia no hay procesos de amparo constitucional. Esto puede sorprender enormemente en Iberoamérica, donde procesos de este tipo están muy extendidos, pero no es tan extraño en Europa occidental. Aunque había un amparo (algo limitado) en la Constitución de Austria de 1920, y considerablemente más amplio en la española de 1931, después de la Segunda Guerra Mundial no todos los países tomaron el mismo camino, y así, mientras Alemania (1949) establecía el que luego ha sido el gran modelo del amparo constitucional, especialmente para España (1978), Italia (1947), Francia (1958) o Portugal (1976) han creado tribunales constitucionales que no conocen de un proceso específico de tutela de los derechos. Pero el caso de Italia es bastante especial. La amplitud que se da a las partes en los procesos ordinarios para proponer el planteamiento de la vía incidental de control de constitucionalidad (en líneas generales, el juez debe plantear a la Corte Constitucional la propuesta de las partes salvo que sea manifiestamente infundada) ha abierto de algún modo la Corte Constitucional a los ciudadanos, y ha introducido elementos claramente subjetivos y concretos en el control de constitucionalidad. Si bien es verdad que esta vía no puede equipararse al amparo, y que puede haber, obviamente, vulneraciones de derechos que escapen al conocimiento de la Corte Constitucional, es innegable que muchas de ellas, las que tienen su origen en la aplicación de una norma legal, tendrán finalmente acceso a la Corte y permitirán que esta se pronuncie e intervenga en esta materia. Y, de hecho, es amplísima la jurisprudencia constitucional en materia de derechos, generada en procesos de control incidental. En cuanto a la “concretización” de esta vía procesal, basta aludir a la llamada teoría del “diritto vivente” (al respecto, y entre tantos trabajos, ZAGREBELSKY, 1988: 97 ss.; PUGIOTTO, 1992), que presupone que la norma impugnada, en especial por esta vía y tras períodos más o menos largos de aplicación, es una “norma viva” en la

cual la interpretación judicial se ha consolidado, de manera que a veces, si esta interpretación (no tanto el propio texto legal) es inconstitucional, la Corte procede a declarar inconstitucional el propio precepto así interpretado (sobre esta cuestión, DÍAZ REVORIO, 2001: 234 ss.).

Por su parte, el sistema español, a pesar de que aparentemente incluye procesos de carácter más subjetivo, como es el amparo, y de que posee un proceso ordinario de tutela de los derechos, y además un recurso específico ante el Tribunal Constitucional, ha ido evolucionando hacia la objetivación y hacia una menor accesibilidad del ciudadano ante el Tribunal Constitucional. Pero esto es, precisamente, lo que pretendo analizar con más detalle un poco más adelante.

2. La tutela jurisdiccional de los derechos y el amparo en el marco de los procesos constitucionales

El amparo es una institución jurídico-procesal de garantía de los derechos constitucionales, que México ha aportado al mundo. Su difusión hoy es amplísima (véase, por ejemplo, FIX-ZAMUDIO & FERRER MAC-GREGOR, 2006). Es probable que poco más se pueda decir como característica común de los hoy tan variados y en ocasiones distantes procesos de amparo existentes en los sistemas constitucionales occidentales. Por ello la posible labor de comparación entre distintos ordenamientos o “modelos de amparo” resulta extremadamente delicada, y ha de hacerse conociendo las diferencias significativas entre cada uno de ellos, que a su vez obedecen a peculiares circunstancias históricas, políticas y culturales. No hay demasiados intentos doctrinales que intenten llevar a cabo ese enfoque global, aunque algunos son muy loables (por ejemplo, FIX-ZAMUDIO & FERRER MAC-GREGOR, 2011; y en parte Brewer-Carias, 2021). Pero tampoco debería perderse de vista cuál es la esencia y finalidad común del amparo, que como acabo de apuntar radica en su finalidad de garantía procesal de los derechos constitucionales, y con ellos, en cierta medida, de la norma fundamental. Se ha destacado la dimensión necesariamente subjetiva del amparo, hasta el punto de hacer de esta característica un elemento esencial en su naturaleza (JARQUÍN OROZCO, 2016). Y aunque pueda debatirse sobre esta naturaleza,

parece poco discutible que es necesario mantener ese elemento subjetivo para que podamos hablar de amparo, como auténtico proceso de tutela de derechos fundamentales de personas o colectivos. Yo creo que un elemento objetivo de garantía de la Constitución y sus principios también ha estado siempre presente en el amparo, pero este no podría convertirse en un elemento único o venir a eliminar el principal elemento subjetivo.

En efecto, el amparo es un proceso que tiene como finalidad específica la garantía de los derechos constitucionales, pero obviamente a través de él también se alcanza la función de garantía constitucional. En cierto sentido, se puede decir que, del mismo modo que en proceso de control de constitucionalidad de normas (e incluso en conflictos, procesos electorales u otros tipos de procesos constitucionales) se puede llevar a cabo, indirectamente, una función de garantía de los derechos, por su parte el amparo también puede servir para ejercer una función de garantía objetiva de la Constitución. Desde ambas perspectivas es, indudablemente, un proceso constitucional. El amparo es, así, un instrumento idóneo para llevar a cabo la justicia constitucional (entendida como garantía jurisdiccional de la Constitución), aunque estamos nace separado de la jurisdicción constitucional si entendemos a esta como el órgano u órganos jurisdiccionales específicamente encargados de la garantía de la supremacía constitucional (en especial, los tribunales constitucionales). En realidad, el amparo como proceso nace incluso antes que la jurisdicción específicamente constitucional (tribunales o salas constitucionales), pues aquel nace, como es sabido, en la Constitución de Yucatán de 1841, mientras que esta nace en Checoslovaquia y Austria en 1920 (véase en profundidad CRUZ VILLALÓN, 1987), aunque posteriormente, sobre todo en Europa, se unirá muy frecuentemente a la misma, en tanto que proceso o recurso del que suelen conocer, aunque habitualmente de forma subsidiaria, los Tribunales Constitucionales.

El caso es que, como ya he apuntado, el amparo no ha sido una constante en los sistemas europeos de justicia constitucional. A diferencia de lo que hoy sucede prácticamente en toda Iberoamérica, en Europa prácticamente no existe amparo ordinario, y el amparo (o recurso de queja) constitucional solo se ha implantado en algunos países. De hecho,

España es un caso insólito en el que existe un proceso específico, preferente y sumario, de tutela de los derechos ante los tribunales ordinarios (llamado habitualmente “amparo ordinario”) y además, un recurso de amparo constitucional.

Es casi un lugar común señalar que este recurso de amparo constitucional tuvo como influencia más directa e inmediata el diseñado por la Ley Fundamental de Bonn. Pero la existencia de un “amparo ordinario”, considerado como proceso y no como recurso (aunque, como veremos, se ha “desglosado” en los distintos órdenes jurisdiccionales) parece remitirnos de forma más o menos remota a los amparos iberoamericanos, y especialmente al mexicano, que fue el primero de todos ellos. Aunque la referencia más próxima de este “doble amparo” era posiblemente la propia Constitución de 1931, en ambos textos parece plausible encontrar la influencia remota del amparo mexicano (JARQUÍN OROZCO, 2016:434 ss.).

Pero desde luego, las presentes páginas no pretenden realizar un examen comparado del amparo en México y en España (lo que, por otro lado, ya han realizado de forma magistral autores como FERRER MACGREGOR, 2002). Más bien se tratará esencialmente de ofrecer un panorama de la regulación y funcionamiento del amparo en España desde la Constitución de 1978, refiriéndome especialmente a la reforma de 2007. Todo ello con una perspectiva evolutiva, que permitirá demostrar, en mi opinión, cómo la regulación legal, las sucesivas reformas y, finalmente, la práctica judicial, han ido apartándose del espíritu constitucional de establecer *un proceso* de amparo judicial ordinario y un recurso de amparo constitucional centrado en la tutela de los derechos subjetivos.

Por estas razones, parece oportuno realizar alguna consideración que permita enmarcar el amparo en el ámbito de los procesos constitucionales. Como venimos apuntando, aunque la garantía jurisdiccional de la Constitución puede llevarse a cabo a través de todo tipo de procesos, en muchos sistemas existen procesos que tienen dicha finalidad específica. Estos serían los procesos constitucionales, que se definirían como aquellos que tienen como objeto específico la garantía de la supremacía constitucional. Este concepto no alude, por tanto, al órgano ante el que se sustancian, de manera que puede haber procesos constitucionales que

se sustancien ante los tribunales ordinarios (bien porque no haya Tribunal Constitucional en un sistema determinado, bien porque no se le haya encomendado a éste el conocimiento de todos los procesos constitucionales); y, a la inversa –aunque esto es menos usual– el Tribunal Constitucional puede conocer también de algunos procesos que no serían materialmente constitucionales, al no tener ese objeto específico de protección constitucional.

En todo caso, como se ve, se habla de “procesos constitucionales” en plural, pues aun con el denominador común de la garantía constitucional, existen procesos cuya naturaleza y objeto pueden ser muy diferentes. Aunque no todos ellos existen en todos los sistemas de justicia constitucional, en una síntesis del Derecho Comparado podrían encontrarse los siguientes: 1) procesos de control de normas, cuyo objeto es determinar la adecuación de otros preceptos normativos a la Constitución. Se trata, obviamente, de los procesos constitucionales por antonomasia, y allí donde existe jurisdicción constitucional específica, son competencia esencial y cuasi definitiva de la misma; 2) los procesos de garantía de los derechos constitucionales, que por supuesto añaden a su dimensión de garantía objetiva de la Constitución, otra de preservación de los derechos subjetivos de la persona. Aunque puede existir una variedad de procesos de este tipo, el más conocido de ellos (aunque la denominación puede variar) es el proceso amparo. También cabe citar en este ámbito el Habeas Corpus o Habeas Data, entre otros; 3) los procesos de conflicto, cuyo objeto es la determinación de a qué órgano o institución corresponde una atribución o competencia. Dentro de ellos suele distinguirse entre conflictos orgánicos y territoriales, y entre conflictos positivos y negativos (según si ambas partes reivindican la misma competencia, o ninguna de ellas la proclama como propia); 4) otros procesos, como los electorales o la declaración de inconstitucionalidad de partidos políticos.

La normativa reguladora de los diversos procesos constitucionales suele considerarse una rama del Derecho Procesal, y su estudio y análisis ha dado origen a una disciplina científica autónoma que, con origen en Kelsen, ha sido desarrollada sobre todo en Iberoamérica a partir de Fix-Zamudio, y que es denominada “Derecho Procesal Constitucional”

(véase, entre tantos, FERRER MAC-GREGOR 2008; FERRER MAC-GREGOR, 2006; GARCÍA BELAUNDE, 2009; GARCÍA BELAUNDE, 2003; LANDA, 2004; SAGÜÉS, 2009), aunque en Europea tiende a utilizarse, con un sentido próximo aunque acaso no idéntico, la misma expresión “Justicia Constitucional”, aspecto este sobre el que no puedo aquí detenerme (DÍAZ REVORIO, 2009).

En suma, de lo dicho hasta ahora podemos deducir que el amparo es inequívocamente un proceso constitucional, caracterizado por tener como objeto específico la tutela de los derechos fundamentales en general, lo que suele implicar preferencia y sumariedad en su tramitación. Pero el amparo no es un proceso “necesario” y en este sentido, como ya he sugerido, “se puede vivir sin amparo”. En cambio, la existencia de tutela jurisdiccional de los derechos sí es necesaria para que estos puedan considerarse normas efectivas y vinculantes. Pero en caso de no existir el amparo, o de que este pierda alguna de sus características esenciales, esa tutela deberá llevarse a cabo por otras vías jurisdiccionales, aunque no sean específicas.

3. El diseño constitucional del amparo español

En las páginas sucesivas nos centraremos de manera directa en el análisis del amparo en España, su regulación jurídica y su evolución. Si bien, como se verá, en términos amplios el “amparo” no se vincula exclusivamente en España al Tribunal Constitucional, el hecho de que la Constitución de 1978 reserva el término “amparo” para referirse al llamado “recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, y la misma circunstancia de que el amparo es una institución que nace de la Constitución al tiempo que el propio Tribunal Constitucional, hacen que esa relación entre amparo y Tribunal Constitucional, si bien no es exclusiva, sí es notoria.

La Constitución española se refiere al amparo fundamentalmente en los artículos 53.2, 161.1, b) y 162, b). A pesar de la parquedad de esta regulación, de los preceptos mencionados se deriva que el proceso preferente y sumario debe existir necesariamente, y que el recurso de amparo constitucional es una competencia necesaria del Tribunal Constitucional;

y que la legitimación para la interposición de este último viene constitucionalmente cerrada en el artículo 162.1. Por tanto, el legislador ordinario no podría suprimir el amparo constitucional, ni modificar la legitimación procesal constitucionalmente establecida.

Pero sin duda el precepto constitucional de mayor importancia en relación con el amparo y a la garantía judicial de los derechos fundamentales es el art. 53.2, que dispone literalmente: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

232

Por un lado, este precepto acota los artículos susceptibles de recurso de amparo constitucional (aunque acaso el legislador podría ampliarlos, pero nunca reducirlos). Pero por otro, impone también un proceso específico para la garantía de los mismos derechos (con la excepción del artículo 30, para el que no sería imprescindible) ante los tribunales ordinarios, y basado en los principios de preferencia y sumariedad. Esto es lo que parte de la doctrina ha denominado “amparo ordinario”, en tanto que se cumpliría la característica esencial del amparo, como proceso constitucional específico para la garantía de los derechos. De este modo, parece que el constituyente quiso configurar el amparo constitucional como un recurso (de ahí la terminología de “recurso de amparo”) subsidiario respecto a *un* proceso preferente y sumario para la garantía de los derechos. Y ello apunta al carácter también extraordinario del amparo constitucional, frente al proceso denominado “amparo ordinario”.

Por tanto, cabría apuntar las siguientes características constitucionales del amparo: 1) es una institución procesal constitucionalmente impuesta, como proceso de garantía de ciertos derechos constitucionales; 2) tiene que haber un procedimiento preferente y sumario, que se tramitará ante los tribunales ordinarios, que debe proteger, como mínimo, los derechos contenidos entre los artículos 14 y 29; 3) tiene que haber un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que debe proteger, como mínimo,

los derechos contenidos entre los artículos 14 y 30 de la Constitución¹; 4) estarán legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional cualquier persona que invoque un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

Es claro, sin embargo, que la Constitución de 1978 deja mucho margen abierto en la regulación de los amparos constitucional y ordinario, tanto en lo relativo a la propia configuración material de los procesos, como a los trámites procesales, como por ejemplo en cuanto a los efectos de las sentencias ². Este amplio margen se ha ido cerrando sobre todo por el legislador y por la propia práctica de los tribunales, como vamos a tratar de describir.

4. El desarrollo legislativo y la evolución de “los amparos” en España: los “procedimientos preferentes y sumarios” y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

Si la Constitución perfilaba un “amparo ordinario” y un “amparo constitucional”, el legislador tuvo que desarrollar tempranamente ambos niveles para que dichos procesos pudieran implantarse. Para ello, como ha quedado apuntado, hubo de tomar diversas opciones importantes, dentro del margen constitucional.

233

Comenzando por el “procedimiento preferente y sumario”, el legislador tempranamente adoptó diversas opciones que se han mantenido posteriormente y que en alguna medida han marcado al “amparo ordinario”, desdibujándolo y relegándolo a un lugar secundario. Así, en la ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de

1 Si bien alguien ha sugerido que el inciso “en su caso” del art. 53.2 permitiría considerar el recurso de amparo constitucional como una institución potestativa para el legislador, creo que el art. 161 despeja toda duda al respecto, al considerar el recurso de amparo “por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”, como una competencia necesaria del Tribunal Constitucional.

2 Lo único que parece deducirse de la Constitución en este punto es que la sentencia de amparo no parece tener efectos generales derivados de la Constitución, pues estos se predicen de “todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho” (art. 164.1 CE).

los Derechos Fundamentales de la Persona, fue desarrollado por primera vez el mandato constitucional del art. 53.2 (aunque la ley fue tramitada paralelamente a la propia Constitución), estableciendo, en contra de la literalidad de dicho precepto, diversos procesos (o especialidades procesales) en los ámbitos civil, penal y contencioso-administrativo. Aunque dicha ley está hoy totalmente derogada, se mantiene la multiplicidad de “procesos de amparo ordinario”, aunque algunos de ellos se diluyen casi por completo en otros procesos ordinarios o especiales tramitados ante los diversos órdenes jurisdiccionales.

Aunque no podemos detenernos en este punto (véase por ejemplo CARRASCO DURÁN, 2002, MAJANO CAÑO, 2004; GIMENO SENDRA & MORENILLA ALLARD, 2014) cabe apuntar brevemente cuáles son dichos procesos “preferentes y sumarios” en la actualidad:

- 1) En el orden jurisdiccional civil, los procesos de tutela de los derechos fundamentales se subsumen en el procedimiento ordinario, estableciendo simplemente la ley que los mismos se tratarán con preferencia y sumariedad (Art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Diversas especialidades establecidas en la Ley orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, no alcanzan a configurar un procedimiento específico.
- 2) En el orden jurisdiccional penal, en el que la ley 53/1978 establecía algunas peculiaridades, hoy no existe ninguna, ni ningún proceso específico (acaso porque se entiende que todo proceso penal es en alguna medida un proceso de garantía de derechos), quedando la protección de los derechos subsumida en los diversos procesos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 3) En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sí existe un auténtico “amparo ordinario”, aplicable a la protección de todos los derechos fundamentales, y con todas las características de un proceso autónomo establecido por la ley con perfiles propios, regulado en los arts. 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Para el derecho de

reunión y manifestación existe una regulación específica en el artículo 122 de la misma ley. Por último, para los derechos político-electorales la Ley Orgánica del Régimen Electoral General regula dos procesos específicos, que serían el existente frente a la proclamación de candidatos, y el que cabe interponer frente a la proclamación de electos (contencioso electoral), aparte la posible utilización de otros procesos contencioso-administrativos en otros momentos del proceso electoral.

- 4) En el orden laboral, los arts. 177 ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social regulan un procedimiento para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, el hecho de que ante este tengan prioridad, en caso de que se den las circunstancias de uno y otro, diversos procesos laborales “especiales” (y entre ellos el de despido, que es en la práctica el más frecuente), resta mucha importancia el que podríamos denominar “amparo ordinario laboral”.
- 5) Como supuesto especial no encomendado a ninguno de los cuatro órdenes jurisdiccionales, puede destacarse la disolución o suspensión judicial de los partidos políticos, que se llevará a cabo a través de un procedimiento ante la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (el procedimiento se regula en los arts. 10 ss. de la Ley Orgánica de Partidos Políticos).
- 6) Aunque fuera de la jurisdicción ordinaria, no podemos dejar de mencionar que los arts. 518 ss. de la Ley Orgánica Procesal Militar establecen un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

A pesar de que he tratado de simplificar y resumir la exposición anterior, creo que queda claro que no existe hoy en España “un” amparo ordinario, sino una multiplicidad de procesos en los distintos órdenes jurisdiccionales, que pueden servir a esa finalidad. A ello hay que añadir el carácter alternativo con el que la mayoría de ellos se han entendido (que en alguna medida se relaciona con su objeto limitado a la vulneración de

un derecho fundamental, lo que implica que si en un proceso se quieren abordar otras cuestiones no se debe tramitar por la vía “preferente y sumaria”); y además debe tenerse en cuenta que la subsidiariedad que con carácter general se exige al amparo constitucional no implica la necesidad de haber seguido en las instancias previas un “amparo ordinario”, sino de haber agotado cualquier vía judicial, aunque no sea de garantía de los derechos. Por lo demás, dado que cabe el recurso de amparo constitucional frente a vulneraciones de derechos procedentes de sentencias u otras resoluciones del Poder Judicial producidas en cualquier instancia, en ocasiones el recurso de amparo constitucional se presenta sin que en la mayor parte de la vía judicial previa se haya podido analizar la vulneración del derecho (o incluso sin que esa posibilidad se haya dado en absoluto, cuando la vulneración denunciada procede de una sentencia que pone fin al proceso y no resulta recurrible en vía ordinaria).

En consecuencia, creo que los “procedimientos preferentes y sumarios” no han tenido ni mucho menos el protagonismo que deberían, habiéndose diluido entre otros procesos ordinarios, y sin tener una configuración más o menos sencilla y unitaria, y en la práctica han sido objeto de una utilización relativamente escasa. Todo lo cual ha contribuido seguramente a provocar el desbordamiento del amparo constitucional que ha tenido al Tribunal cerca del colapso, provocando en algunos momentos muy excesivos retrasos en la resolución de los asuntos.

En cuanto al “amparo constitucional”, fue también tempranamente regulado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Sin embargo, ha sido la propia práctica del Tribunal Constitucional la que ha servido como fuente fundamental para el desarrollo de la jurisdicción constitucional en España, a través de una amplia jurisprudencia que ha llevado a cabo una importante labor de interpretación y desarrollo de los derechos fundamentales –y del resto de preceptos constitucionales–, pero que también ha servido para poner de relieve algunos problemas y carencias fundamentales. Toda esta experiencia, con mayor o menor fortuna, ha sido considerada por el legislador en la trascendental reforma operada por LO 6/2007 (a la que luego nos referiremos), hasta el punto de que puede hablarse de un antes y un después de esa reforma.

Pero antes de entrar a apuntar los aspectos más relevantes de esa reforma, cabe apuntar ahora, de forma sintética, las principales virtudes y defectos que el Tribunal Constitucional español ha mostrado en sus casi tres décadas de funcionamiento, en especial en lo relativo al amparo y la garantía de los derechos, en mi personal valoración. Entre las primeras, que resultaban muy necesarias en un Estado que acababa de volver a la democracia, cabe apuntar las siguientes:

- 1) El amplio desarrollo de los derechos fundamentales que el Tribunal llevó a cabo a través de su jurisprudencia, comenzando en muchos casos casi de cero la labor de delimitación y conceptualización de los derechos constitucionalmente previstos.
- 2) En particular, el TC consiguió modificar muchas prácticas procedentes del Poder Judicial que podían resultar contradictorias con la tutela judicial efectiva, interpretando las normas procesales de la manera más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, y rompiendo en muchos casos el acusado formalismo que caracterizaba a la práctica judicial. Siendo el Poder Judicial, en el momento inicial tras la aprobación de la Constitución de 1978, básicamente el mismo de la época franquista, las inercias podían ser muchas y la labor del Tribunal Constitucional contribuyó sin duda a modernizar la práctica judicial.
- 3) Igualmente, el Tribunal ha llevado a cabo una importante labor de interpretación y desarrollo de su propio ordenamiento regulador, tanto en lo relativo a su organización como en lo que afecta a los diversos procesos constitucionales, y por esta vía ha ido precisando y detallando dicha regulación, resultando hoy necesario acudir a su jurisprudencia para comprender cabalmente muchos aspectos relevantes de dichos procesos, y en particular al recurso de amparo, pero también a algunos aspectos de procesos previos, como es el caso del incidente de nulidad de actuaciones.

En la cruz del Tribunal, en cambio, habría que mencionar algunas carencias de gran relevancia:

- 1) La sobrecarga de asuntos del Tribunal llegó a ser apabullante, provocando un retraso espectacular en la resolución de muchos de ellos. Aunque esta sobrecarga vino provocada fundamentalmente por la cantidad de recursos de amparo que alcanzó a ingresar anualmente en el Tribunal Constitucional, los retrasos en la resolución han afectado en mayor o menor medida a todo tipo de procesos, generando al TC un grave problema. Hoy, como se verá, no puede achacarse a los recursos de amparo el ser la causa de estos retrasos, que sin embargo siguen produciéndose, en algunos casos de forma realmente alarmante.
- 2) También por la vía del recurso de amparo se ha producido otro de los graves problemas que ha aquejado al Tribunal Constitucional, como es el conflicto que el mismo ha mantenido con el Tribunal Supremo, y que ha resultado en ocasiones particularmente virulento y fuera de lugar. Este conflicto parece haberse generado en ocasiones como consecuencia de sentencias de amparo cuyos pronunciamientos podrían excederse de la función constitucional y legal que corresponde al TC, y no fueron aceptados por el Tribunal Supremo (tal es el caso producido en el famoso asunto denominado habitualmente “caso Isabel Preysler”³⁾), llegando en otros casos a extremos lamentables, como la condena de los magistrados del Tribunal Constitucional a indemnizar con 500 euros cada uno a un recurrente de amparo

3 Para poder seguir el desarrollo procesal de este conocido asunto, véanse las siguientes sentencias: STS (1ª) de 31 de diciembre de 1996 (1157/1996), que consideraba que la publicación de algunos aspectos personales de la señora Isabel Preysler, relacionados con sus abrigos, sus bolsos o los granos que le salían en la cara, no vulneraba su intimidad, dado que se trataba de “chismes de escasa entidad”. Conociendo de un recurso de amparo frente a dicha sentencia, la STC 115/2000, de 5 de mayo, entendió que dicha publicación sí vulneraba la intimidad, y anuló en consecuencia la anterior sentencia del TC. Pero la Sala 1ª del TS, en la sentencia de 20 de julio de 2000 (776/2000), aun acatando lo dicho por el TC, condenó a los responsables de la publicación a indemnizar a la señora Preysler con la ridícula cantidad de 25.000 pesetas (hoy 150 euros). Un nuevo recurso de amparo permitió de nuevo al TC pronunciarse en sentencia 186/2001, de 17 de septiembre, volviendo a amparar a la recurrente, pero en este caso evitó devolver los autos al Tribunal Supremo, estableciendo en cambio la validez de la indemnización fijada en su día por la sentencia de la Audiencia Provincial, y que era de 10.000.000 pesetas (hoy unos 60.000 euros).

cuya demanda fue inadmitida, llevada a cabo por la Sala 1ª del Tribunal Supremo ⁴. Estos episodios ponen de relieve una grave “guerra entre tribunales” en España, que sin duda ha supuesto una crisis institucional de muy gran calado, a la que ambos tribunales han tenido que enfrentarse (SERRA CRISTÓBAL, 1999, o DÍAZ REVORIO, ¿Vuelve la guerra entre los Tribunales?, 2001).

- 3) Si bien es consustancial a la jurisdicción constitucional el tener que enfrentarse a la resolución de conflictos políticos, como antes he apuntado durante muchos años el TC ha venido funcionando de modo que no resultaba apreciable la identificación entre los magistrados y determinadas tendencias ideológicas o políticas. Sin embargo, en los últimos años la situación parece haber cambiado, de manera que diversos factores han provocado lo que en algunos casos parece una división interna del Tribunal de acuerdo con la ideología política de los magistrados o con la identificación con el partido que de uno u otro modo estuvo detrás de la propuesta. Y aunque esta circunstancia no se produce solo ni principalmente en la resolución de los recursos de amparo, la mayoría de los cuales se resuelven al margen de cualquier polémica política o ideológica, incluso de forma unánime, no podemos dejar de mencionarla aquí, porque esa división aparentemente vinculada a posiciones políticas sí se ha producido en algunos procesos de amparo de especial trascendencia pública.
- 4) En el ámbito de los derechos fundamentales, y aparte los problemas del amparo que ya se han mencionado, puede destacarse que, así como la labor del TC ha sido muy importante en la interpretación y desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos, no cabe decir lo mismo respecto al reconocimiento o “creación” de “nuevos derechos constitucionales” derivados

⁴ Se trata de la STS (1ª) 51/2004, de 23 de enero. En respuesta a la misma, el Pleno del TC adoptó el Acuerdo de 3 de febrero de 2004, rechazando expresamente la sentencia del TS.

de los preceptos de la Constitución pero no explícitamente enunciados en la misma.

- 5) Otros asuntos pendientes en este ámbito serían las dificultades existentes en ocasiones para la reparación del derecho vulnerado (lo que provoca a veces sentencias meramente declarativas, como sucede por ejemplo en muchos casos de dilaciones indebidas), o para la utilización del amparo para “preservar” los derechos y libertades, posibilidad prevista en el art. 41.3 LOTC que, sin embargo, el TC no ha desarrollado, impidiendo toda posibilidad preventiva en el amparo, y haciendo a veces que el mismo pierda su sentido.

5. Los parámetros fundamentales de la reforma del amparo de 2007

Los problemas fundamentales que hemos venido apuntando están en la base de la reforma de la LOTC que, tras un largo proceso parlamentario, vio finalmente la luz con la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo. En los años anteriores se venía produciendo un intenso debate doctrinal sobre la conveniencia de la reforma, centrado particularmente en el ámbito del recurso de amparo (por todos, PÉREZ TREMPs, 2004, y FERNÁNDEZ FARRERES, 2005), y con el telón de fondo de la reforma del mismo llevada a cabo en Alemania en los años 90, aunque sin perder tampoco la referencia, más remota pero que finalmente generó cierta influencia, del *certiorari* del modelo de Estados Unidos. Finalmente, el texto aprobado llevó a cabo una reforma de calado que afectó a distintos aspectos de la ley, aunque por otro lado en la tramitación parlamentaria se “perdieron” algunos otros aspectos que estaban en el proyecto y acaso hubiera sido interesante mantener.

Si bien no es posible llevar a cabo un análisis minucioso de los importantes contenidos de esta reforma, procede al menos apuntar sus novedades más relevantes (entre otros muchos, PÉREZ TREMPs, 2007, o FERNÁNDEZ FARRERES, 2008).

Por un lado, la necesidad de agilizar el trabajo del Tribunal para superar los enormes retrasos en la resolución de los asuntos ingresados, así

como el deseo de superar las tensiones y abiertos enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, están en la base de algunas modificaciones importantes en el terreno organizativo e institucional, en el que pueden destacarse las siguientes novedades:

- 1) Se permite el conocimiento de más asuntos por parte de las Salas, posibilitando que estas conozcan de los recursos de inconstitucionalidad cuando en los mismos se trate de mera aplicación de doctrina, de las cuestiones de inconstitucionalidad que el Pleno no se reserve, y de los conflictos de competencia, impugnaciones del artículo 161.2 CE y conflictos en defensa de la autonomía local que se atribuyan a la Sala que corresponda en trámite de admisión (art. 10 LOTC).
- 2) Se posibilita que las secciones conozcan de los recursos de amparo, incluso sobre el fondo del asunto, cuando para su resolución pueda aplicarse doctrina consolidada del Tribunal (arts. 48 y 52 LOTC).
- 3) Se lleva a cabo una nueva regulación de los letrados, contemplándose al fin expresamente la figura de los letrados de adscripción temporal, que venían existiendo hasta el momento sin cobertura legal expresa (art. 97 LOTC).
- 4) Se introducen algunos preceptos destinados claramente a preservar la posición y funciones del TC ante el Poder Judicial, tratando de evitar conflictos como los que se produjeron entre el TC y el Tribunal Supremo. En este ámbito pueden entenderse las anulaciones en defensa de la jurisdicción y la prohibición de que las resoluciones del Tribunal Constitucional sean enjuiciadas por ningún otro órgano jurisdiccional del Estado (arts. 4 y 10 LOTC).
- 5) Por el contrario, y acaso para tratar de equilibrar las posiciones de una y otra parte en ese potencial “conflicto entre tribunales”, se dispone que el Tribunal Constitucional se limitará a declarar la vulneración de derechos, absteniéndose de otras consideraciones sobre la actuación de los órganos judiciales (art. 54).

- 6) Se dispone que los magistrados nombrados por el Senado “se rán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara” (art. 16.1). Este precepto ha sido expresamente declarado constitucional por el TC en la sentencia 49/2008, de 9 de abril.
- 7) Se establece que los candidatos elegidos por el Senado o el Congreso deben comparecer previamente ante las correspondientes comisiones de la Cámara respectiva (art. 16.2).
- 8) Se explicita en la ley algo que venía produciéndose en la práctica, como es la *prorrogatio* del Presidente y Vicepresidente en sus cargos en el caso de que, transcurrido el período de tres años para el que fueron elegidos, no se hubiera llevado a cabo la correspondiente renovación parcial del Tribunal (art. 16.3). También fue rechazada la impugnación sobre la constitucionalidad de este precepto, en la misma sentencia 49/2008.
- 9) En el ámbito de otros procesos constitucionales diferentes al amparo, cabe destacar una nueva regulación de algunos aspectos relativos a la cuestión de inconstitucionalidad, dando un mayor protagonismo a las partes y al órgano judicial que la plantea, y en definitiva acentuando su carácter indirecto e incidental en que gana protagonismo el proceso *a quo*. De este modo la cuestión se convierte en un proceso indirecto y concreto en todas sus fases procesales, excepto en la sentencia, que debe mantener su objeto central consistente en la contrastación general y abstracta entre un precepto legal y la Constitución, y por supuesto sus efectos *erga omnes*⁵.

5 Aunque no sean objeto estricto de este trabajo, por su relevancia y su incidencia en nuestro tema mencionamos las principales reformas que afectaron a la cuestión de inconstitucionalidad:

a) En el trámite de alegaciones que a las partes se les da en el proceso *a quo* por diez días, antes de adoptar mediante auto la resolución sobre el planteamiento de la cuestión, se permite a las partes alegar no solo sobre la pertinencia de plantear la cuestión (como antes de la reforma) sino también sobre el fondo de la misma (art. 35. 2 y 3).

Pero es en el ámbito del amparo constitucional el que más se vio afectado por la reforma. En realidad, una de sus claves radicaba en que la labor de establecimiento de una doctrina jurisprudencial del Tribunal en materia de derechos fundamentales no parecía ya tan necesaria, dado que la doctrina previamente elaborada es habitualmente seguida por los tribunales ordinarios, que razonablemente funcionan como garantes habituales de los derechos fundamentales. Por ello se llegó a decir que “en este ámbito el Tribunal Constitucional ha cumplido su cometido histórico y que acaso haya llegado el momento de que, agotada su función, sencillamente la abandone o, al menos, la dote de un nuevo contenido” (REQUEJO PAGÉS, 2008).

Finalmente, el legislador optó por una reforma del amparo que incide de forma significativa en dos ámbitos: por un lado, el llamado “amparo ordinario” se transforma con la introducción del incidente de nulidad de actuaciones como mecanismo de garantía de los derechos; por otro, el recurso de amparo constitucional, aparte de lo ya dicho respecto a la posibilidad de su conocimiento por las propias secciones, sufre una muy relevante modificación en lo que afecta al trámite de admisión.

243

Comenzando por lo primero, como ya se ha señalado el llamado “amparo ordinario” es en realidad un conjunto de procesos (o en algunos

-
- b) Quizá el aspecto más relevante es la posibilidad que, tras la reforma, se da a las partes de apersonarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a la publicación en el BOE de la admisión a trámite, para formular alegaciones en el plazo de otros 15 días (art. 37.2). Se trata de una exigencia derivada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia de 23 de junio de 1993 (asunto Ruiz Mateos contra España), pero aunque el Tribunal debía admitir desde entonces esa posibilidad de casos de leyes singulares, la misma carecía de previsión legal y del alcance general que ahora se le otorga.
 - c) Se introduce la previsión expresa de la suspensión del proceso *a quo* tras el planteamiento de la cuestión (art. 37.3), primeramente con carácter provisional hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la admisión y, en caso de que ésta se produzca, hasta la resolución definitiva del TC. Aunque en todo caso los efectos del planteamiento eran suspensivos antes de la reforma, faltaba esta previsión específica.
 - d) En las llamadas “autocuestiones de inconstitucionalidad” que son las que plantea la Sala (o, en su caso, la Sección) que resuelve un recurso de amparo, al entender que la vulneración del derecho procede de una ley, el planteamiento de la cuestión implica, tras la reforma de 2007 y a diferencia de la situación anterior, la suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo (art. 55.2 LOTC).

casos, meras especialidades en los procesos ordinarios) cuya trascendencia como vía previa para el amparo constitucional era más bien modesta, de manera que acaso solo en lo contencioso-administrativo podemos hablar de un verdadero proceso de amparo ordinario con la importancia y el protagonismo que el mismo requiere. En este contexto, la mayor parte de los recursos de amparo que llegan al Tribunal Constitucional no son subsidiarios de un proceso “de amparo ordinario”, sino de cualquier proceso ordinario sin más, de modo que los “amparos ordinarios” no vienen funcionando como auténtica vía previa al amparo constitucional.

De ahí que la reforma haya establecido el incidente de nulidad de actuaciones como vía adecuada para la garantía de los derechos ante los tribunales ordinarios, y por tanto vía previa al amparo constitucional. De este modo, este punto de la reforma incide en lo que podemos denominar la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, garantizándola en aquellos casos en los que, por las circunstancias del proceso ordinario, no pudieron valorarse en este las vulneraciones de derechos fundamentales. Para esos casos, la reforma de 2007 modificó el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁶, estableciendo la necesidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones, como vía para “agotar” la vía judicial previa, evitando así que el Tribunal Constitucional sea el primero en pronunciarse sobre la cuestión de la vulneración del derecho. La cuestión de cuándo será preceptivo el planteamiento de este incidente como vía previa inexcusable antes del recurso de amparo ha ido evolucionando en la jurisprudencia constitucional posterior, en la línea de restringir la exigencia estrictamente a aquellos casos en los que, por el tipo de proceso o por el momento en que la vulneración del derecho se produce, los tribunales ordinarios no habían tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta⁷.

6 La nueva redacción de este precepto quedó así: “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

7 Véanse, entre las primeras decisiones sobre el tema, el Auto 200/2010, de 21 de diciembre, o la STC 153/2012, de 16 de julio. El cambio de criterio se va a iniciar en la STC

En lo relativo al recurso de amparo constitucional, la reforma procedió a una muy novedosa regulación del trámite de admisión⁸. En síntesis, se alteró el principio general según el cual, antes de la reforma, las demandas de amparo se admitían salvo que concurriera una causa de inadmisión de las específicamente mencionadas en la ley, para pasar a un principio general de inadmisión, de manera que solamente serán admitidas las demandas que, además de cumplir el resto de requisitos procedimentales previstos en la ley, justifiquen “una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”, apreciada por unanimidad de la sección⁹.

La definición de lo que sea “especial trascendencia constitucional” cobra así una elevadísima relevancia. Tratándose de un concepto amplio y de notoria ambigüedad, es necesario establecer sus perfiles y los parámetros que deberá cumplir un asunto para que pueda entenderse cumplido este requisito. El legislador, la jurisprudencia del propio TC y la doctrina (por ejemplo, MATÍA PORTILLA, 2009: 343, PULIDO QUECEDO, 2009:76, ORTEGA GUTIÉRREZ, 2010:497; ESQUIVEL ALONSO, 2013: 173, GONZÁLEZ BEILFUSS, 2016: 333; PÉREZ TREMP S P. 2018: 253) han comenzado a desarrollar esa importante labor de concreción del concepto. Para empezar, hay que señalar que la propia LOTC

216/2013, de 19 de diciembre; posteriormente puede citarse la STC 9/2014, de 27 de enero, o la 135/2017, de 27 de noviembre. Entre las sentencias más recientes, profundizando en la línea apuntada, SSTC 112/2019, de 3 de octubre o 121/2019, de 28 de octubre.

- 8 Aunque se modifican diversos artículos, el eje central radica en la nueva redacción dada al artículo 50 LOTC, que es la siguiente: “1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos:
- a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.
 - b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.
- 9 Según el art. 50.2 “cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución”.

reformada, tras referirse al concepto de “especial trascendencia constitucional”, añade que la misma se apreciará “atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Estos criterios apuntan a una clara objetivación del recurso, pues ninguno de ellos se refiere a los derechos fundamentales del ciudadano o a la intensidad de su lesión.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de ir perfilando el concepto de “especial trascendencia constitucional”. Tras los Autos 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, han sido las sentencias 70/2009, de 23 de marzo y, muy especialmente, 155/2009, de 25 de junio, las que han detallado los supuestos de “especial trascendencia constitucional”. En particular, la sentencia citada en último lugar especifica, con clara proyección hacia el futuro, los motivos por los que el Tribunal apreciará el cumplimiento de este requisito, y que serán los siguientes:

246

“a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional

sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

Esta enumeración tiene la incuestionable virtud de clarificar el concepto al señalar parámetros o estándares más o menos concretos y específicos aplicables a los supuestos en los que se entenderá cumplido el requisito de la especial trascendencia constitucional. Aunque, como reconoce el Tribunal Constitucional, no se trata de una lista cerrada, sino que podrán incorporarse nuevos supuestos en el futuro (aparte de la notoria apertura que supone el último de los supuestos establecidos en la cita transcrita), el establecimiento de estándares o parámetros de admisión debe valorarse positivamente por lo que tiene de clarificación de un concepto demasiado ambiguo. Ello no obsta para que, desde luego, algunos de los motivos señalados por el Tribunal sean susceptibles de crítica (en particular la referencia a la trascendencia política o económica del caso).

En cualquier caso, esta trascendental reforma de 2007 ha acentuado notoriamente los elementos objetivos del recurso de amparo constitucional. Es verdad que un cierto elemento subjetivo no desaparece por completo, toda vez que sigue siendo inexcusable invocar una concreta lesión de un concreto derecho para plantear una demanda de amparo constitucional. Pero es indudable que la especial trascendencia constitucional se mide en relación con la tutela o garantía de la Constitución, y no respecto al derecho subjetivo concreto cuyo amparo se pide. Basta analizar, desde

el punto de vista de la intensidad de la lesión, el caso planteado en la citada STC 155/2009, acaso elegida no por casualidad para señalar, con indudables efectos hacia el futuro, los criterios de la especial trascendencia constitucional: se trataba de valorar si la imposición de una pena de 8 días de localización permanente en su domicilio, en lugar de los 270 euros de multa solicitados por el Fiscal como única parte acusadora. Analizado el caso desde el punto de vista de la intensidad de la lesión, parece indudable que el asunto no revestiría una gravedad o trascendencia especialmente intensa; sin embargo, sí la tenía desde la perspectiva de la interpretación constitucional, en la medida en que se trataba de determinar si la Constitución permite condenar a penas de naturaleza diferente a las solicitadas por la acusación. Se trata, por tanto, de un buen ejemplo de que a partir de esa reforma, los recursos de amparo se admitirán cuando cumplan determinados requisitos objetivos, medidos en términos de su trascendencia desde la perspectiva de la Constitución y de su interpretación, resultando totalmente ajena la trascendencia subjetiva o la intensidad de la lesión.

248

Es verdad que, valorada la reforma desde la perspectiva de su objetivo de “descongestionar” en parte al Tribunal Constitucional, consiguiendo que el recurso de amparo no absorba la inmensa mayoría de sus esfuerzos, puede entenderse que ha logrado ciertos resultados, pues las cifras de los años posteriores muestran cierto descenso –no muy acusado– del número de recursos de amparo presentados, y sobre todo de las sentencias recaídas en estos procesos¹⁰. Pero, por un lado, esto ha impedido que el Tribunal siga resolviendo algunos casos con retrasos muy notorios

10 Estas cifras pueden consultarse en las Memorias que cada año publica el propio Tribunal Constitucional, que pueden consultarse en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx> (fecha de última consulta 18 de febrero de 2021). La tendencia es, en efecto, a un cierto descenso del número de amparos ingresados en años posteriores a la reforma, así como un acusado descenso del número de amparos resueltos por sentencia. Se trata de un descenso apreciable, pero no demasiado intenso. Por poner una comparación, podemos valorar los datos del año 2006, último transcurrido íntegramente antes de la reforma en examen, y el 2019, correspondiente a la última memoria publicada en el momento de redactar estas líneas. En 2006 ingresaron 11471 recursos de amparo; hubo 327 sentencias resolutorias de amparos (además de 72 autos, y 7370 providencias de inadmisión). En 2019, por su parte, los amparos ingresados habían descendido a 7554 (superando en algo los de los años inmediatamente anteriores). Recayeron 119 sentencias de amparo (5 más fueron resueltas por auto, mientras 6370 lo fueron por providencia).

(ahora menos justificados que nunca, precisamente porque se supone que los amparos no le deberían ocupar tanto como antes), y especialmente en determinados recursos de inconstitucionalidad; y, por otro lado, si la consecuencia de la objetivación es una cierta “desnaturalización” del recurso de amparo, que sigue existiendo pero quizás demasiado alejado de su finalidad tuitiva y reparadora de vulneraciones de derechos (o al menos de las más intensas), no parece probable que el precio a pagar fuera asumible.

6. Valoración final: ¿Cómo atender mejor la tutela de los derechos subjetivos?

Un somero examen comparado de los mecanismos de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales pone de relieve que, como ya indicábamos, “se puede vivir sin amparo”, en el sentido de que no pocos sistemas (y un buen ejemplo es el italiano) son capaces de establecer una suficiente tutela jurisdiccional de los derechos sin la necesidad de establecer un proceso o un recurso específicamente orientado a estos casos. Por supuesto, esta afirmación no implica despreocuparse de la tutela o garantía jurisdiccional de los derechos, pues esta debe llevarse a cabo en todos los sistemas por una u otra vía. Pero en esta valoración final me interesa destacar dos ideas adicionales: 1) la ausencia de procesos específicos de tutela de los derechos no implica necesariamente eliminación de elementos o perfiles subjetivos en los procesos constitucionales; y 2) si se desea mantener un amparo, como proceso y/o recurso constitucional específico, resulta absurdo y contradictorio con su sentido y finalidad dotarle de un carácter tan intensamente objetivo que alcance a dejar de lado completamente elementos subjetivos como la intensidad de la lesión del derecho como criterio para la admisión.

249

Respecto a la primera cuestión, creo que el ejemplo italiano es suficientemente descriptivo. Como ya he apuntado, la ausencia de un amparo no ha permitido la fuerte penetración de elementos subjetivos

Donde la diferencia sí es enormemente intensa es en el dato del número de recursos de amparo pendientes de resolver sobre su admisibilidad al final del año: en 2006 esta cifra estaba en 13.883, mientras que en 2019 había descendido a 3506.

y concretos en el control de constitucionalidad, sobre todo gracias a la extraordinaria apertura a las partes que tiene la vía incidental. Es verdad que esta vía existe también en otros países como Alemania o España, pero en ningún caso alcanza el nivel de “apertura” existente en Italia. De este modo, creo que, con todas las dificultades para medir algo así, no se puede afirmar que la apertura de la Corte Constitucional a elementos y perfiles subjetivos o concretos sea menor que la existente en un sistema como el español, cuya cuestión de inconstitucionalidad, a pesar de la reforma de 2007, queda todavía lejos de ese grado de apertura, y cuyo recurso de amparo se ha objetivado intensamente (o incluso totalmente, para algunos como JARQUÍN OROZCO 2016: 598) en los términos descritos.

Respecto al segundo aspecto, en este trabajo me he centrado en poner de relieve cómo se ha ido desvirtuando el espíritu inicial del constituyente, que parecía claramente orientado al establecimiento de un proceso más un recurso destinados a la tutela de derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, en la línea de nuestra Constitución de 1931 y de tradiciones españolas e iberoamericanas más remotas.

En lo relativo al llamado “amparo ordinario”, ya se ha destacado cómo, desde el principio, se abandonó la opción, probablemente más acorde con la letra y el espíritu de la Constitución, de *un proceso*, para sustituirlo, en la mayoría de los casos, por varias especialidades procesales en los distintos procesos, añadiendo, eso sí, las notas de preferencia y sumariidad. La excepción más nítida es el proceso contencioso-administrativo de tutela de los derechos, y en parte también el laboral, pero en este caso la prioridad de otros como el de despido le restan importancia. A lo anterior cabe unir su alternatividad, así como el predominio cuantitativo de la tutela judicial efectiva como derecho invocado, siendo obvio que este derecho puede vulnerarse en todo tipo de procesos. En suma, lo cierto es que los “procesos de amparo ordinario” no son, ni por aproximación, los “procesos ordinarios de amparo”, es decir, la vía jurisdiccional más cotidiana o habitual para la tutela de los derechos ni, en consecuencia, la vía previa más habitual para acceder al recurso de amparo constitucional. Como se ha descrito, la incorporación del incidente de nulidad de actuaciones como vía para la tutela de los derechos, obligatoria como previa al

recurso de amparo constitucional cuando la vulneración del derecho no ha sido previamente objeto del proceso ordinario, trataba de intensificar el papel de los tribunales ordinarios como tutelares de los derechos, y de preservar la subsidiariedad del amparo. Pero me parece que este incidente, cuyos supuestos de utilización han tenido que ser reiteradamente interpretados por el Tribunal, y cuya resolución corresponde al mismo órgano judicial que dictó la resolución presuntamente vulneradora del derecho, no es la vía más idónea para fortalecer realmente las vías jurisdiccionales ordinarias de tutela de los derechos.

Respecto al recurso de amparo constitucional, ya hemos explicado cómo diversos factores (entre ellos quizá la propia configuración del amparo ordinario) habían provocado una cierta “hipertrofia”, con el consiguiente riesgo de saturación del Tribunal. Todo ello explica la importante reforma de 2007. Pero como he tratado de poner de relieve, esta reforma supuso una objetivación del recurso, difícilmente compatible con el sentido de esta institución. Y es que, a diferencia de otros procesos constitucionales centrados en la garantía objetiva de la supremacía constitucional, la esencia del amparo es la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, aunque venga ineludiblemente unida a una dimensión objetiva de garantía constitucional, que sin embargo no parece ser la primigenia y original función del amparo.

251

Se dice que la aludida reforma se inspiraba en la reforma alemana de 1993, o incluso en la institución del *certiorari* en Estados Unidos. Pero en Alemania la reforma no anuló la dimensión subjetiva del amparo, toda vez que, además del criterio objetivo de la trascendencia constitucional, también puede admitirse por un criterio más subjetivo basado en la intensidad de la lesión. En cuanto al *certiorari*, baste decir que no se entiende en el contexto de un proceso específico para la tutela de derechos fundamentales de la Constitución, sino como un instituto que el Tribunal Supremo utiliza para elegir, con carácter general, los casos sobre los que va a pronunciarse.

Por lo demás, la utilización de este criterio crea un claro desajuste con el sistema de admisión de asuntos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que sigue como criterio general precisamente el elemento

subjetivo basado en la existencia de un “perjuicio importante”, mientras que el elemento objetivo basado en el respeto a los derechos del convenio y los protocolos solo se utiliza como criterio complementario para admitir, también, algunas demandas en las que no se produzca ese perjuicio importante (véase artículo 35.3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950). Es verdad que en la sentencia de 20 de enero de 2015, *Arribas Antón c. España*, párrafos 32 ss., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado por bueno con carácter general el criterio utilizado en las admisiones del recurso de amparo español, pero ello no será óbice para que, con estos criterios diferentes, muchos asuntos que el Tribunal Constitucional español ni siquiera va a admitir ni, por tanto, decidir sobre el fondo, podrán ser más fácilmente admitidos y estimados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De hecho, contamos ya con no pocos ejemplos de este tipo. Por lo demás, el argumento de que el recurso de amparo puede seguir este criterio objetivo porque ya han existido respuestas en las instancias jurisdiccionales previas no será aplicable en todos los casos, y desde luego no lo será, por ejemplo, en los llamados “amparos parlamentarios”, en los que el recurrente acude directamente al Tribunal Constitucional sin una respuesta judicial previa. Aunque probablemente en estos casos el Tribunal Constitucional sea más proclive a entender que hay especial trascendencia constitucional, no lo hace así en todos los casos, con lo que cabe imaginar que alguno de estos asuntos llegue también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En suma, parece que la nueva regulación plantea algunos problemas, y no es el menor el de los desajustes derivados de la objetivación prácticamente total. La cuestión es si esta objetivación es compatible con la configuración constitucional del recurso de amparo. Aunque es difícil pronunciarse sobre este tema, sobre todo ante la parquedad ya destacada de los artículos 53.2 y 163.1 b), parece que el constituyente quiso un recurso de amparo para la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, y no solo para la defensa objetiva del ordenamiento constitucional de los derechos fundamentales, objetivo que puede verse cumplido a través de otros procedimientos. Por lo demás, esa doble configuración, subjetiva y objetiva, se confirma en el derecho histórico y comparado, de manera que

desde los orígenes de este proceso en el derecho mexicano, a su incorporación en algunos sistemas constitucionales europeos, este se configura como un instrumento que sirve tanto a la garantía de la Constitución como a la tutela de los derechos individuales, y que, desde luego, pierde sentido sin su dimensión subjetiva. Como señala JARQUÍN OROZCO 2016: 645, “la principal característica definitoria del amparo ser ese proceso para la tutela subjetiva de los derechos, siendo este el límite infranqueable que el legislador no podría sobrepasar al momento de configurar el recurso de amparo constitucional”. Puede hablarse así de una garantía institucional del amparo, que difícilmente se respeta con la eliminación de su vertiente subjetiva.

Llegados a esta conclusión, cabe propugnar una recuperación de la dimensión subjetiva del recurso de amparo constitucional, compatible con la restricción del acceso a este. Ello requeriría, en mi opinión, la posibilidad de admitir los recursos de amparo cuando exista una particular intensidad en la lesión de un derecho fundamental, aun cuando no se dieran las razones objetivas que justifiquen la “especial trascendencia constitucional”. Pero sobre todo, una reforma a fondo de los procesos preferentes y sumarios para establecer un auténtico “amparo ordinario” que convierta a los tribunales ordinarios en los garantes habituales de los derechos a través de una vía específicamente adaptada a esta finalidad, y que, al tiempo que permita reparar cabalmente las vulneraciones de los derechos en la vía ordinaria, sirva de “filtro” que justifique que la mayor parte de las vulneraciones de derechos fundamentales no tengan finalmente acceso al Tribunal Constitucional. Sea como fuere, la regulación global del sistema de tutela jurisdiccional de los derechos en España precisa de una reforma a fondo, que permita convertir a los tribunales ordinarios en verdaderos garantes cotidianos de los derechos fundamentales, dando a estos la importancia que merecen, y a través de procesos verdaderamente preferentes, sumarios y sencillos, que brinden una auténtica y eficaz tutela subjetiva a los derechos. Si ello se cumple, es posible “repensar” el recurso de amparo constitucional, acaso incluso suprimirlo. En esta línea trabajan algunos investigadores actualmente, por ejemplo Adriana Travé Valls.

En fin, como apuntaba al inicio, en numerosas ocasiones he abordado este tipo de debates con el profesor Romboli, quien es perfectamente

conocedor de la situación del amparo en España. También en Italia, periódicamente, se alzan voces que reclaman la incorporación de algún proceso o recurso de amparo, acaso precisamente en la línea española. Romboli nunca se ha mostrado muy partidario de esta vía, y desde luego para ello puede argumentar los numerosos problemas y dificultades que en nuestro país ha ido planteando el amparo. Como he reiterado, Italia ha sabido incorporar una dimensión subjetiva y concreta bastante acusada en otros procesos constitucionales. En cierto sentido, y si se me permite la exageración —y se me disculpa la referencia directa, acaso inicialmente ininteligible, en el título de este trabajo—, podríamos llegar a decir que Italia y España han optado por dos formas diferentes de “vivir sin amparo”, o al menos, en el caso español, sin un verdadero amparo, en el sentido primigenio y esencial al que siempre ha servido esta institución... Al menos, cabe señalar que un análisis dinámico y realista de los diversos sistemas de justicia constitucional pone de relieve que muchas veces “no todo es lo que parece”, y ni Italia “cierra” el acceso al Tribunal Constitucional por carecer de amparo, ni España lo facilita por tener un recurso de amparo, aparentemente abierto desde la Constitución a “cualquier persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo”.



Bibliografía

1. BAGNI, S. (2014). *Justicia Constitucional comparada*. México: Porrúa.
2. BREWER-CARIAS, A. (2021). *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional*. Caracas: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional- Editorial Jurídica Venezolana.
3. CARRASCO DURÁN, M. (2002). *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
4. CRUZ VILLALÓN, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
5. DÍAZ REVORIO, F. J. (2001). ¿Vuelve la guerra entre los Tribunales? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 9, 15 ss.

6. DÍAZ REVORIO, F. J. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova.
7. DÍAZ REVORIO, F. J. (2009). *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*. México: Porrúa.
8. ESQUIVEL ALONSO, Y. (2013). El requisito de la especial trascendencia constitucional: «decidir no decidir». *Estudios de Deusto*, nº 61/2, 173 ss.
9. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005). *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*. Madrid: Fundación Alternativas.
10. FERNÁNDEZ FARRERES, G. e. (2008). *Hacia una nueva jurisdicción constitucional: estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
11. FERRER MAC-GREGOR, E. (2002). *La acción constitucional de amparo en México y en España: un estudio de Derecho Comparado*. México: Porrúa.
12. FERRER MAC-GREGOR, E. (2006). *Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa (5ª edición), 4 vols.
13. FERRER MAC-GREGOR, E. (2008). *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico (1928-1956)*. Madrid: Marcial Pons.
14. FIX-ZAMUDIO, H., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2006). *El derecho de amparo en el mundo*. México: UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung.
15. FIX-ZAMUDIO, H., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). *Derecho de amparo*. México: UNAM- Porrúa.
16. GARCÍA BELAUNDE, D. (2003). *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
17. GARCÍA BELAUNDE, D. (2009). *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Lima: Edemsa (2ª ed.).
18. GIMENO SENDRA, V., & Morenilla Allard, P. (2014). *Los procesos de amparo. Civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*. Madrid: Colex (3ª edición).
19. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2016). La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 107, 333.
20. JARQUÍN OROZCO, W. M. (2016). *La naturaleza subjetiva del amparo. Análisis histórico-comparado y de derecho español*. México: Porrúa.
21. LANDA, C. (2004). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra.

22. MAJANO CAÑO, M. J. (2004). Una visión crítica sobre la protección de los derechos por los tribunales ordinarios en el sistema español: el procedimiento preferente y sumario. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 121 ss.
23. MATÍA PORTILLA, F. J. (2009). La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 86, 343 ss.
24. ORTEGA GUTIÉRREZ, D. (2010). La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC155/2009, de 25 de junio. *Teoría y realidad constitucional*, nº 25, 497 ss.
25. PEGORARO, L. (2015). *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Turín: Giappichelli.
26. PEGORARO, L., Rinella, A., & (dirs.). (2020). *Derecho constitucional comparado. Sistemas de Justicia Constitucional*, Tomo 4. Buenos Aires-Turín: Astrea-Giappichelli.
27. PÉREZ TREMP, P. (. (2007). *La reforma del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
28. PÉREZ TREMP, P. (2004). *La reforma del recurso de amparo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
29. PÉREZ TREMP, P. (2018). La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre «morir de éxito» o «vivir en el fracaso». *Teoría y realidad constitucional*, nº 41, 253.
30. PUGIOTTO, A. (1992). Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. *Giurisprudenza costituzionale*, I, 3672.
31. PULIDO QUECEDO, M. (2009). La especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 76 ss.
32. REQUEJO PAGÉS, J. L. (2008). El Tribunal Constitucional. En S. d. (dirs.), *La España del siglo XXI, vol. II, La política*. Madrid: Instituto de España y Fundación Sistema.
33. ROMBOLI, R. (2017). *Justicia Constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Palestra.
34. ROMBOLI, R., & Carrillo, M. (2012). *La reforma del recurso de amparo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
35. SAGÜÉS, N. P. (2009). *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
36. SERRA CRISTÓBAL, R. (1999). *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos.
37. ZAGREBELSKY, G. (1988). La dottrina del diritto vivente. En *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (pág. 97 ss.). Milán: Giuffrè.

Transformaciones del proceso constitucional brasileño

Un estudio a la luz de la experiencia italiana*

✉ MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO **

1. Objetivo del trabajo

Pre-tende este trabajo analizar los diversos aspectos del proceso constitucional brasileño a la luz de los temas idéntico que se observan en el proceso constitucional italiano, notoriamente en relación a la aproximación del control difuso con el control concentrado de constitucionalidad.

257

Diversas preguntas sobresalen en la pertinente relación de ambos países. Apenas para iniciar nos preguntamos ¿cuáles serían los elementos de contacto de la decisión en el modelo concentrado con la decisión del modelo difuso? ¿De qué forma habría una interferencia de la decisión de la Corte Constitucional Italiana en relación a la Corte Suprema de Brasil, frente a los jueces ordinarios italianos y los demás órganos de jurisdicción en Brasil? ¿Cómo conduciría procesalmente una decisión del Supremo Tribunal Federal, bajo el modelo concentrado, a los magistrados singulares en donde figuran partes subjetivas? ¿Cómo sería la relación entre el juez ordinario y la Corte Constitucional? ¿Y en el caso de Brasil, entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces brasileños?

* Este trabajo científico es en parte fruto de una investigación desarrollada en la Universidad de Pisa, entre mayo de 2012 y febrero de 2013, en calidad de integrante del *Programa Post doctoral en el extranjero de la CAPES*, bajo el auspicio del gobierno de Brasil. Durante el tiempo de mi investigación merece destacarse la disposición y acogida ofrecida por el mismo professor Roberto Romboli, a quien le rindo honores y agradecimientos.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidade Católica de Pernambuco, Brasil. (marcelolabanca@outlook.com e @labancamarcelo)

En ese sentido, con la finalidad de trazar un panorama de la realidad seleccionada en la investigación, fueron apreciados los aspectos del surgimiento del control de constitucionalidad en Brasil y en Italia; la aproximación de los modelos de control de constitucionalidad en los días actuales, el difuso y el concentrado, la expansión del Poder Judicial a la luz de la interpretación conforme a la constitución; el control difuso de constitucionalidad de Brasil y el acceso al control difuso en Italia, los efectos de la decisión de la Corte, en lo que atañe a los demás magistrados en los procesos subjetivos, en lo que respecta al aspecto temporal y, por último, en lo que se alcanza a los demás poderes y entes descentralizados.

Es importante destacar que el punto central de esta investigación fue el de observar el modelo brasileño en comparación con el modelo italiano. La necesidad de identificar, bajo la óptica del modelo italiano, cuáles serían las causas para algunas distorsiones existentes en el derecho brasileño, como por ejemplo, la posibilidad de concesión de medidas liminares en sede del proceso objetivo de control de constitucionalidad, o inclusive, la identificación del uso del Supremo Tribunal Federal de técnicas de decisiones interpretativas y manipulativas.

Es por ello que como etapa inicial se quiso investigar el surgimiento del control de constitucionalidad en los dos países objeto de estudio, sus orígenes y sus fundamentos, con la finalidad de retratar, a modo fotográfico, el escenario del desarrollo de la actividad de salvaguarda de la Constitución, clasificando dicha actividad en los modelos conocidos en la actualidad.

Posteriormente, luego de un examen del surgimiento del control de constitucionalidad y de presentación de cómo el tema es abordado domésticamente, cada cual en su respectivo país, se buscó examinar también si existe o no una aproximación entre los dos modelos clasificados. En otras palabras, se ha querido identificar la existencia de un sincretismo entre los modelos de control de constitucionalidad vigentes y, también, se aún es útil mantener las distinciones de clasificación entre el modelo concentrado y el modelo difuso referente al control de constitucionalidad de Brasil. Se ha partido del análisis del modelo concentrado como mecanismo típicamente europeo-kelseniano, que se basa en el control de la ley

en sentido abstracto. Respecto al modelo difuso se ha entendido que es propio del sistema norteamericano de control concreto de la ley.

El paso a seguir consistió en verificar cómo se da el acceso al sistema de justicia constitucional. La identificación de quien puede provocar la cuestión constitucional termina siendo decisiva para el entendimiento del sistema.

Tan pronto definido su origen, el sistema de control, la aproximación entre los modelos adoptados y el acceso a la Corte, se buscó examinar el proceso para la obtención de una decisión de inconstitucionalidad y los efectos consecuentes de la misma. Cómo se decide y cuáles son los efectos de su decisión, bajo el prisma del espacio temporal que afecta tanto al ciudadano común como también la relación entre cortes y los demás jueces.

Por último, fue realizado un análisis conclusivo de la etapa actual del proceso constitucional brasileño y cómo este se ha valido de modelos extranjeros en un fenómeno de autoproducción de poder de la Corte.

259

Considerando los elementos de acción anteriormente expuestos, fue posible desarrollar el estudio que se presenta a continuación.

2. Aspectos del surgimiento del control de constitucionalidad en Italia y Brasil

Un primer paso para el desarrollo de la investigación fue justamente el pretender entender los aspectos centrales del surgimiento del control de constitucionalidad en los dos países involucrados, trazando un diseño del modelo europeo italiano y confrontándolo con la experiencia vivenciada en Brasil.

De acuerdo con Kelsen, en su artículo sobre la jurisdicción constitucional y administrativa al servicio del Estado Federativo, según la nueva Constitución Federal austriaca de 1º de octubre de 1920, la jurisdicción constitucional tendría como finalidad la garantía del ejercicio regular de las funciones estatales, estableciendo así los límites del ejercicio del poder (2003, p. 3). El modelo europeo de una Corte Constitucional funcionaba, entonces,

como límite de poder y, al mismo tiempo, como si fuera un órgano externo de la estructura del Poder Judicial que viabilizaba un distanciamiento de las tendencias conservadoras de la magistratura, mereciendo ser la Corte la verdadera defensora de la constitución (MAC-GREGOR, 2008, p. 80).

De esta forma, en Europa, y solamente en 1920 (Checoslovaquia y sobretodo Austria), fue creado el modelo del control concentrado de constitucionalidad, reconociéndose a la Corte Constitucional el poder de tornar invalida una ley producida por el Parlamento. Esto se debe también al temor que surge de una posible interferencia en la esfera política, por parte de la magistratura (ROMBOLI, 2009, p. 302). Especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, en Italia (así como en la mayoría de los demás países europeos), se tomó la decisión de mantener el modelo de control de constitucionalidad concentrado, por medio de la creación de un nuevo órgano en el ordenamiento constitucional, como lo fue el caso de la Corte Constitucional.

260

Romboli destaca que la institución de la Corte Constitucional fue objeto de resistencias tanto de la derecha liberal como de la izquierda. Para los liberales, había un temor que producía la duda sobre la constitucionalidad de una ley que pudiese amenazar las características de un Estado de Derecho, legitimando una posible rebelión y desobediencia de las leyes. Ya la izquierda temía por una violación del principio de la soberanía popular, en desprestigio de la ley votada por la mayoría de los representantes el pueblo. El citado autor apunta que, al principio, Togliatti definió la corte como algo extraño: “*Nota i proposito l'espressione di Togliatti che definì la Corte costituzionale una bizzarra.*” (ROMBOLI, 2009, p. 305).

Verdaderamente puede decirse que la Constitución italiana entró en vigor el primero de enero de 1948, alejándose profundamente del llamado Estatuto Albertino, que la precedió. Resultó de una creación constituyente donde estaban representadas las tres fuerzas principales: la católica, la liberal y la socialista. La Constitución posee algunas características: es rígida, extensa y también es en parte dogmática, en razón de la existencia de principios e institutos que, a pesar de previstos en su texto, fueron mantenidos para ser concretizados, con el paso del tiempo, por el legislador infra-constitucional.

Siguiendo con el pensamiento de Romboli, la Justicia Constitucional posee un núcleo representado históricamente por el control de constitucionalidad de las leyes (función arbitral). Debe destacarse que en Brasil, a través del Supremo Tribunal Federal (STF), es ejercida también por esta corte la función de árbitro entre poderes, aunque solo ocurra tanto en el ejercicio de un control de constitucionalidad de leyes (estatales) como en el caso en el examen de tutelas de urgencia (“Mandados de Segurança” - MS), impetrados por Órganos del Estado (cuando el Poder Judicial impetra un MS contra el Poder Ejecutivo, por ejemplo), así como también las acciones civiles originarias propuestas por los estados federativos de Brasil, como lo dispone el artículo 102, inciso I, literal I, de la Constitución brasileña de 1988 (dispositivo constitucional que define la competencia del STF para apreciar originariamente las acciones federativas).

De esta forma, la Jurisdicción Constitucional se remonta entre estas dos funciones: del control de constitucionalidad de las leyes y del control de conflictos entre Poderes y Entes federales. (NAVAS, 2011, p. 25).

261

Hubo básicamente tres motivos para que la Constitución italiana no efectuase la previsión del modelo difuso de control de constitucionalidad: primero, el temor de que la Constitución, fuertemente innovadora, pudiera generar un enfrentamiento con la legislación preconstitucional. De hecho, con ocasión de las discusiones de la asamblea constituyente italiana, se descartó la posibilidad del sistema difuso de control de constitucionalidad, pues su naturaleza fuertemente innovadora de la Constitución, en relación a la legislación ordinaria heredada del periodo fascista, hizo con que hubiese un temor de surgir una especie de politización de la magistratura, al actuar como contrapeso de las decisiones del parlamento (ROMBOLI, 1999, p. 180). El temor era en realidad que el Poder Judicial dejase de actuar como contrapeso y se tornara un ente de decisiones políticas propias del parlamento.

Más allá del asunto del choque entre las nuevas y antiguas normas, que llevarían a una exposición efectiva de la Magistratura, todavía hay dos factores anunciados como determinantes para excluir el control difuso de constitucionalidad de la Constitución Italiana de 1948: la desconfianza

general hacia los nuevos valores constitucionales por parte de los magistrados conservadores, formados sobre el prisma de principios diversos, y el temor de que la ausencia de la característica vinculante del precedente (a ejemplo del *stare decisis*) mitigase el principio de certeza de la seguridad jurídica, pues parte de los magistrados podrían entender una norma como constitucional, mientras que otra parte la entendería como una norma inconstitucional (ROMBOLI, 2009, p. 305).

Es verdad que la Constitución italiana dejó expresamente consignado que, mientras no fuese instalada su Corte Constitucional (aguardó un periodo de 8 años, de 1948 a 1956), los magistrados ordinarios tendrían la legitimidad de ejercer el control de constitucionalidad, con los mismos poderes que tendría la Corte Constitucional. De esta forma, habrá que notar la existencia de una diseminación de un control difuso en este período. La experiencia del control difuso ejercido en ese lapso de tiempo terminó influenciando, en su praxis, el ejercicio del control de constitucionalidad en los años posteriores a la inauguración de la Corte.¹ Y ese período fue uno de los más creativos de la magistratura, según relato de Elisabetta LAMARQUE (2012, p. 47).

En secuencia a esta experiencia, Roberto Romboli expone que uno de los problemas iniciales que enfrentaron los jueces ordinarios fue justamente el de tener que decidir por el efecto revocatorio o bien, por el efecto de inconstitucionalidad, cuando la Constitución entraba en contradicción con las normas anteriormente aprobadas. Esta distinción trajo importantes consecuencias prácticas: como la Constitución expresamente le otorgaba a la Corte Constitucional, en su artículo 134, la tarea de examinar los asuntos de inconstitucionalidad, restringía, de este modo, que la misma pudiera evaluar la colisión de normas anteriores a la Constitución e incompatibles con la Constitución (pues en ese caso no se estaría frente a una inconstitucionalidad de normas preconstitucionales y sí frente a una revocatoria legal). Así, se inviabilizaba el control de constitucionalidad de normas preconstitucionales en sede del modelo concentrado.

1 Disposición transitoria VII del texto constitucional italiano.

A partir de ese momento, quedaban a cargo las resolución de antinomias para el juez ordinario, con efecto *inter partes*. La opción de decidir entre la inconstitucionalidad y la revocatoria normativa trajo consecuentemente otro inconveniente. La resolución antinómica con base en la inconstitucionalidad estaba regimentada por el criterio de la jerarquía normativa, mientras que la revocatoria legal se pautaba por el criterio temporal. Frente a la posibilidad de considerarse la inconstitucionalidad de la norma preconstitucional, la tesis de la revocatoria (ya no de la inconstitucionalidad) de las normas incompatibles con la nueva Constitución implicaba la utilización del criterio temporal de resolución de antinomias y, bajo la sustancia de esta tesis, se abría la puerta para considerar la nueva norma (la Constitución) prevaleciente por su tiempo (posterior), debilitando las distinciones entre la Constitución rígida y la Constitución flexible. (ROMBOLI, 199, p. 181).

Otra consecuencia práctica de esta distinción tiene que ver justamente con el hecho de que, una vez considerada la posibilidad de ejercicio de control de derecho preconstitucional, sería apenas posible en relación con aquellas normas constitucionales que fuesen claramente redactadas y susceptibles de ser inmediatamente aplicables, pues, en este caso, la incompatibilidad estaría generada a partir de la aplicación inmediata de la regla constitucional. Ya en relación a las normas que contienen principios, esto no podría suceder, pues la evaluación de la incompatibilidad entre la legislación ordinaria y la constitucional derivaría de una observación acerca de la aplicabilidad inmediata de la norma constitucional. Lo afirma ROMBOLI (1999, p. 182) al exponer que ese es uno de los orígenes de la distinción entre disposiciones constitucionales programáticas y preceptivas (incluyéndose dentro de las últimas las disposiciones de aplicación directa, indirecta o deferida). Tal distinción entre normas habría sido elaborada por la Corte de Casación entre el período de 1948 a 1956. Mientras que las primeras tendrían en el Poder Legislativo su destinatario, aplicables por medio de una actuación proactiva de aquel Poder, las segundas, preceptivas y de aplicación directa, tendrían la fuerza derogatoria de la legislación preconstitucional incompatible con la Carta.

Ciertamente, Romboli ha sustentado que, en el periodo de 1948 a 1956, la jurisprudencia se dividió en dos tipos de normas constitucionales,

las primeras en programáticas (cabiéndole la aplicación de las mismas por parte del Legislativo) y a su vez, en normas preceptivas (con aplicabilidad directa, indirecta o deferida). Según el autor, en el caso de las normas programáticas, los eventuales conflictos de la legislación preconstitucional no permitirían que los magistrados pudiesen suscitar la derogación, en razón de la colisión entre normas, teniendo en cuenta que la aplicación de estas normas constitucionales dependería de una actuación normativa del Poder Legislativo. Así entonces, la declaración de una derogación normativa sería apenas posible en el caso de haber sido identificada alguna incompatibilidad del derecho preconstitucional con las normas constitucionales preceptivas y de aplicación directa.

El hecho es que fue creada la Corte Constitucional, de acuerdo con la primera Constitución de la Italia unificada, posterior al Estatuto Albertino.

264

Sanchez, al analizar el modelo italiano, parte de la premisa de la existencia de tres funciones básicas de una jurisdicción constitucional: una de control (de normas), de garantía (de derechos) y arbitral (de conflictos). El sistema italiano, a pesar de poseer las tres funciones, desarrolla la primera y la segunda en conjunto, por medio del ejercicio del control de normas². Así, Sanchez menciona que el Tribunal Constitucional italiano reposa su actuación, básicamente, sobre dos pilares: la garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, por un lado. Por otro lado, la Corte sería el árbitro de los conflictos entre los Poderes y, también, de los conflictos entre el estado central y las Regiones italianas (1998, p. 279). Por tanto, se destacan las funciones garantista y arbitral de la Corte. Así consideradas las tres funciones y dentro de la función garantista, estaría también el control incidental de constitucionalidad de normas.

2 “De las tres funciones básicas, sólo se dan, específicamente, dotadas de procedimientos propios, la primera y la tercera. La segunda función, la garantista, está subsumida en la primera: no existe ningún tipo de recurso de amparo y la defensa tanto de los derechos como de las libertades se realiza a través de control concreto de las leyes”. (SANCHEZ, 1998, p. 279).

El modelo brasileño aparenta ciertas divergencias de razones para la creación del control de constitucionalidad. Como a continuación explicaré.

Mientras que el modelo europeo pensó en la creación de un Tribunal Constitucional fuera de las estructuras del Poder Judicial para el ejercicio del control de constitucionalidad, con fundamento en la desconfianza hacia la casta aristocrática de los magistrados, en Brasil, lo fue al contrario, pues al magistrado no se le ve con esa desconfianza. Muchas veces funciona como un súper ego de la propia sociedad (MAUS, 2000, p. 185).

Son realidades distintas las que presentan Brasil e Italia. Las libertades públicas poseen en Europa un campo propicio para el fortalecimiento histórico del Poder Legislativo y de la democracia representativa. Actualmente, en Brasil existe una cierta desconfianza hacia el parlamento y una aceptación social del fortalecimiento del Poder Judicial, el cual traspasa más credibilidad (con amplia visibilidad después del juicio promocionado por los medios de comunicación que involucró mesadas a políticos integrantes del Gobierno, donde el Poder Judicial fortaleció su imagen frente a la ciudadanía, mientras que el Legislativo terminó desacreditado por la sociedad). Por lo tanto, en la lógica de Brasil, el juez defenderá a la sociedad contra un Legislativo corrupto, jamás a la inversa.

265

Por esta razón, el modelo brasileño fue abocado hacia un fortalecimiento del Poder Judicial. No hay otra razón por la cual se habla del control “jurisdiccional” de constitucionalidad. Ejercicio de jurisdicción. Y, en el caso de Brasil, se adoptaron los dos modelos: el concentrado y el difuso. Esto hace con que cualquier juez o tribunal pueda efectivamente controlar la constitucionalidad de la ley (PIMIENTA, 2010, p. 71).

La primera tentativa brasileña de un control de constitucionalidad se dio en 1823, cuando la Constitución estaba siendo elaborada (antes de la disolución de la Asamblea Constituyente) al afirmar que “todas las leyes existentes, contrarias al contenido y espíritu de la presente Constitución, no poseen ningún valor”. Sin embargo, efectivamente en el año de 1891, el control estaba previsto dentro del sistema constitucional brasileño en

su artículo 58, al postular que cabría recurso contra sentencias del sistema judicial de los Estados frente al Supremo Tribunal Federal, cuando una decisión judicial considerase válidos los actos y leyes en contra de la Constitución. Conforme apunta FERRARI (2004, p.93), el artículo 10 de la Ley nº 221 de 1984, organizando la Justicia Federal brasileña, dejó por fuera el tema de las dudas al consignar que “los Jueces y Tribunales no aplicarán a los casos que ocurran entre las leyes y reglamentos manifiestamente inconstitucionales”

Si, por un lado, es posible afirmar que el control difuso de constitucionalidad fue previsto constitucionalmente en el año de 1981, por otro lado, el control concentrado de constitucionalidad, en los moldes que hoy conocemos a través de la llamada acción directa de inconstitucionalidad, apenas surgió en 1965, con la enmienda constitucional nº 16 a la Constitución de 1946, por medio de la institución de representación de inconstitucionalidad, propuesta apenas y exclusivamente por el Procurador General de la República.

266

De esta manera, se comprueba que en Brasil, después de 1965, apenas un único legitimado ostentaba el poder de motivar a la Corte para que, de manera abstracta, la misma pudiera examinar la constitucionalidad de una ley. A partir de entonces, se pasó a convivir con los dos sistemas e control. El difuso y el concentrado.

En realidad, técnicamente se puede afirmar que el control concentrado fue previsto por primera vez en Brasil bajo el compendio normativo de la Constitución de 1943, a través de la previsión de la llamada acción directa de intervención. Dicha acción se situaba como un sistema de estabilización de la federación, por medio del decreto de intervención. Puede ser clasificada de esta forma como control concentrado, sin embargo, no abstracto.

Respecto a lo dicho anteriormente, conviene resaltar que la expresión “concentrado” no siempre converge con el término “abstracto”, en lo que respecta en Brasil, siendo la acción directa interventora un típico ejemplo, pues en ella son examinados los actos concretos del interés de las personas jurídicas de derecho público y político involucradas en una

colisión normativa. En la acción de intervención, lo que está en juego es, en la práctica, el deber de injerencia contra el derecho de la no intervención entre una unidad federativa frente a otra en igual jerarquía.

De acuerdo con lo expuesto sobre el control concentrado *in concreto*, no se puede desconsiderar el control concreto por la vía incidental, a través del Supremo Tribunal Federal que, a su vez, puede alcanzar contornos de control abstracto con eficacia *erga omnes*. De hecho, la jurisdicción constitucional, desde el comienzo, no aborda la clásica atribución entre control concentrado y difuso. Pueden ser combinados los sistemas, incluso en lo que respecta a los efectos de sus decisiones, como abordaremos en el siguiente tópico.

3. El control de constitucionalidad brasileño de “estar en la valla”: aproximándose al modelo europeo

El Supremo Tribunal Federal (STF) viene siendo objeto de duras críticas por causa de su injerencia protagónica en la vida política brasileña. Se habla de una Constitución pautada según lo que el STF diga lo que quiere que sea ella, surgiendo la necesidad de entender la forma y el procedimiento por las cuales son juzgadas inconstitucionales las normas puestas bajo su lente, comprendiéndose el proceso decisional en el ámbito de la Corte y principalmente, inquirendo los efectos de sus decisiones.

267

Los modelos del ejercicio de jurisdicción constitucional, clásicamente entendidos como difuso y concentrado están en jaque actualmente. En los días actuales se tiene superada la dicotomía del “control difuso *versus* el control concentrado”. Francisco Fernández Segado es uno de los autores que sugiere madurada esa división en su totalidad, al afirmar que las divergencias entre ambos modelos derivan de presupuestos históricos que no están más presentes: mientras que el modelo estadounidense de Jurisdicción Constitucional mantenía la idea de valorizar la supremacía del Poder Judicial frente a los demás Poderes (constituyendo, *contrario sensu*, un acto de desconfianza del legislador). Con el sistema europeo, la defensa de la Constitución fue atribuida inicialmente a un Tribunal Constitucional que ni siquiera integraba la estructura del Poder Judicial, en razón de la desconfianza de sus magistrados (la verdad, la creación de

un órgano destinado a, de forma concentrada, a defender la Constitución partió del escepticismo del cuerpo judicial, quienes deberían apenas aplicar la ley y no a contradecir bajo argumentos supuestos de incompatibilidad con el texto constitucional)³.

Este fenómeno no es, por así decirlo, nacionalizado. Es transconstitucional. Sobre el tema escribe Antonio Maués, que la justicia constitucional pasa por cambios drásticos. A partir de un análisis de matrices teóricas del modelo estadounidense y europeo, el autor identifica las similitudes y divergencias del modelo adoptado en Brasil, llegando a la conclusión de que la tipología tradicional no puede ser utilizada y proponiendo la utilización del criterio de pluralismo y de singularidad como el más adecuado tratamiento de la Jurisdicción Constitucional brasileña (MAUÉS, 2010, p. 356-357).

268

Esa ampliación del papel de la Corte puede ser observada puntualmente por medio de una paulatina aproximación de los modelos de control de constitucionalidad. Algunas características del modelo europeo o norteamericano van perdiéndose para dar lugar a un sincretismo en el proceso constitucional que conduce al juicio de la inconstitucionalidad de las leyes brasileñas. A pesar de este movimiento de transformación, se puede encontrar una característica demarcada en su claridad: son las mudanzas en el sentido de fortalecer y centralizar la jurisdicción constitucional en el Supremo Tribunal federal, elemento este que incluso está más presente en el modelo europeo de control. En ese sentido, Brasil estará “europeizándose”.

Características de esa mezcla entre los dos modelos pueden ser vistas bajo el prisma de una subjetivación del proceso objetivo de control de constitucionalidad y de un fortalecimiento de los efectos de las decisiones

3 SEGADO, 2003, p. 64. Según el autor, “la Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de la seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico a favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho”.

de inconstitucionalidad que la Suprema Corte produce. Podemos citar como ejemplos, la ampliación de acceso a la Suprema Corte por los legitimados (creación del texto viabilizando la ampliación). Contradictoriamente, restricción del acceso a la Suprema Corte por la construcción jurisprudencial de la idea de pertinencia temática como baremo exigido por la legitimidad para proponer una acción directa de inconstitucionalidad (creación de interpretación del texto restringiendo la ampliación de los legitimados); apertura del proceso constitucional objetivo a la sociedad, por medio de la intervención de “*amicus curiae*” o amigo de la Corte. En este caso, la demostración del interés y la apertura del diálogo en el proceso (para más allá del debate erudito de los ministros presentes en el juicio) termina mitigando la idea del proceso de control de constitucionalidad como algo abstracto, que no tiene en cuenta los aspectos fácticos. Aquí puede hablarse de un ensayo del contradictorio en el proceso de control de constitucionalidad. La trascendencia de los motivos determinantes, involucrando, tal vez, a uno de los mayores poderes de la Corte el cual viene siendo autogestionado, pues la decisión de la Corte produce efectos paralizantes a toda contradicción de sus posicionamientos (no apenas en contra de la parte dispositiva de la sentencia, como también a los motivos determinantes de la decisión).

En ese sentido, una ley estatal declarada inconstitucional por el SFT tendrá el poder de “inconstitucionalizar” a todas las demás leyes de otros estados federados que sean incompatibles con el motivo determinante de la decisión pretoriana, la llamada repercusión general de los recursos extraordinarios es un dato relevante de la demostración de la centralización de la Jurisdicción Constitucional en el STF, teniendo en cuenta que los asuntos de materia constitucional sin repercusión general no serán apreciados por la Corte. Es decir, se amplía el poder del SFT, confrontando la relación entre la Corte y los jueces ordinarios.

Esa aproximación indica lo que Luciano Pergoraro escribió sobre la difusión de los modelos de control concentrado (PERGORARO, 2004, p. 76) En el caso brasileño, indica que el Supremo Tribunal Federal, como Suprema Corte, se inclina paulatinamente a asumir una función mayor de Corte Constitucional, con decisiones de efectos genéricos, en virtud

de su convergencia con la vía difusa, ya que no todo asunto constitucional puede ser debatido por el Supremo —hay restricciones para accionar a la Corte— o en virtud de ser el ejercicio de la jurisdicción constitucional por el sistema difuso del STF aproximándose al concentrado, con ampliación de normas de efectos *erga omnes*, pensándose, inclusive, en la innecesaria participación del Senado Federal en la exclusión de la eficacia de la norma juzgada como inconstitucional en sede de Recurso Extraordinario⁴.

Analizando el modelo constitucional italiano, se vislumbra que no existe esa división porque el control en Italia se reputa concentrado, dentro de un modelo de una Corte Constitucional (con observaciones anotadas desde el inicio de la vigencia de la Carta del 48, *supra* mencionadas). Sin embargo, el propio Senado reconoce que la técnica de acceso difuso al control concentrado tiene, en el modelo italiano, una buena representación del sincretismo de modelos (SEGADO, 2010, p. 41).

270

A pesar de ser un modelo concentrado, el control italiano puede surgir por dos caminos, el directo y el incidental, siendo que el 89% de los casos sometidos a la Corte Constitucional son provenientes de la vía incidental (ROMBOLI, 2009, p. 236). Es por esto que en la práctica, cuando un magistrado sobrelleva la cuestión incidental para ser examinada en la corte constitucional, no debe olvidarse que la materia surge de un cuestionario concreto. De esta forma, no es equivocado afirmar que el control concentrado por la vía incidental en Italia sería, en cierta medida, sujeto también como un control concreto.

Verificamos también que el sistema brasileño de control de constitucionalidad va paulatinamente aproximándose al control italiano, a pesar de sus diferencias. Esta aproximación, en el plano de la “*corte-constitucionalización*” (un Supremo Tribunal que desea ser una Corte

4 LEITE, 2012, p. 1-22. En el artículo, el autor discute la posibilidad de extensión del efecto vinculante y *erga omnes* de las decisiones de inconstitucionalidad del STF. Se trata de una tesis defendida por los Ministros Gilmar y Eros Grau que afirman que el artículo 52 numeral X, pasó por un proceso de mutación constitucional. Ahora, cabe al Senado apenas “darle publicidad” a las decisiones del STF en la vía difusa, pues la suspensión de la eficacia de la ley inconstitucional ya descorrería de la propia decisión del STF, así como ocurre en el control concentrado.

Constitucional) tiene como uno de sus mayores síntomas la posibilidad de dar eficacia *erga omnes* las decisiones que históricamente posean efectos *inter partes*.

La repercusión general de los recursos extraordinarios contribuyó ampliamente para este procedimiento, pudiendo, ciertamente, afirmarse que los límites entre el sistema concentrado y difuso se tornan sutiles, especialmente cuando se examina el ejercicio de estas dos modalidades por el propio Supremo Tribunal Federal (difuso en la vía de recursos).

Este tema viene siendo afrontado por el Supremo Tribunal Federal, especialmente cuando discute la pérdida de la eficacia del artículo 52, inciso X de la Constitución Federal, a través de la Reclamación Constitucional nº 4335, con la suspensión actualmente del proceso.

Sin lugar a dudas, con el juicio de esta Reclamación el Supremo se constatará la inclinación para un lado a favor de una Corte Constitucional o bien, para el lado del Supremo Tribunal, pues lo que está en juego es justamente la posibilidad de que la Corte declare la inconstitucionalidad por el sistema difuso, pero con eficacia *erga omnes*.

271

Por ultimo, al existir sincretismo, será necesario examinar cómo es el acceso al sistema de jurisdicción constitucional, a la composición y al proceso decisional, en perspectivas comparativas, tal como sigue a continuación.

4. La composición de la Corte y la separación de Poderes

El llamado “acceso” puede ser observado bajo la perspectiva de a composición de la Corte o de la legitimidad para provocarla. Cuando el acceso al sistema de la jurisdicción constitucional es entendido como la posibilidad de que un proceso sea examinado por la Corte, en razón de quien pudiera realizar la provocación para tanto, se está hablando de los legitimados para actuar frente a la Corte Constitucional (MURO, 2007, p. 23-4).

Sin embargo, otro significado del término “acceso” es el que está justamente a cargo del juez que puede proferir una decisión de

inconstitucionalidad. En este caso, la expresión “acceso” se emplea de forma menos predominante que la expresión “composición”. De esta forma, al hablar de la composición de la Corte significa decir el cómo la misma se conforma, con cuántas personas cuenta y quién posee el derecho de escoger a aquellos por los cuales el Tribunal será compuesto.

Realmente el asunto central de la Jurisdicción Constitucional consiste en la identificación de la estructura del Tribunal y su composición. Es decir, cómo está compuesto, quién lo escoge o bien quién puede ser elegido para ocupar la función de magistrado de una Corte Constitucional o de un Supremo Tribunal.

Al analizar el caso italiano en contraste con el brasileño, se observa que existen aspectos relevantes que los distinguen: en Italia, existe una Corte exclusiva para los asuntos constitucionales; en Brasil, hay un órgano de cúpula de Poder Judicial. Pero también son distintas las formas de su composición, así como también de poder acceder al cargo de juez.

272

La Corte Constitucional italiana no integra la estructura del Poder Judicial. A pesar de su condición de Tribunal, no está considerado como instancia de recursos para la posibilidad de reforma de sus decisiones, a través de la justicia ordinaria o también por medio de la justicia administrativa. La Corte está compuesta por un total de quince jueces (Giudice), donde al menos once deben comparecer presencialmente para dar inicio a un proceso judicial (quórum mínimo). Cinco de sus jueces son nombrados por el Parlamento, otros cinco por la Magistratura y los últimos Cinco restantes por el Presidente de la República. (PANIZZA, 2011, p. 2). En Brasil, son escogidos todos por el Presidente de la República, aunque con previa aprobación del Senado Federal, antes de tomar posesión del cargo.

La pregunta que surge entonces es si la selección tiene libre arbitrio o está condicionada. En Brasil, los once Ministros de la Suprema Corte son escogidos por el Jefe del Poder Ejecutivo de todos aquellos brasileños que posean un notorio saber jurídico, una honrosa reputación y la edad mínima de 35 años. Existen requisitos como puede observarse, dotados de una amplia discrecionalidad.

En Italia, los quince jueces de la Corte Constitucional deben ser escogidos por los magistrados de las instancias superiores de la Justicia ordinaria (común) y de la Justicia Administrativa; profesores ordinarios (especie máxima de la carrera de docentes italianos) y abogados con más de veinte años de ejercicio profesional en su función.

El modelo italiano intenta despolitizar un poco la Corte, bien como encuentra valorizarla, dándole un equilibrio armónico a las tres ramas del Poder Público al permitir que cada Rama del Poder pueda seleccionar un tercio de los jueces de su Corte (PASSAGLIA, 2011, p. 204-5).

Según Roberto Romboli, la selección de los cinco jueces por el Parlamento se realiza mediante una votación secreta y con el quórum de dos tercios (para las dos primeras votaciones) y de tres quintos (a partir de la tercera votación). Tradicionalmente existió un acuerdo entre los partidos, algo como una especie de división de las cinco plazas entre el Partido de la Democracia Cristiana (quien selecciona a dos magistrados), el partido comunista (a quien le corresponde seleccionar a un magistrado), el partido socialista (con una plaza) y el partido liberal (con la plaza restante). Sin embargo esta composición selectiva se desarrolla dentro del acontecer de las composiciones políticas del momento, y no siempre se respetan los acuerdos. De esta forma, la indicación actualmente se tensiona entre los partidos de centro derecha y centro izquierda y, como no siempre se logra un acuerdo, es común que haya atraso en la decisión con desfalcos en la Corte que procrastinan su tiempo de composición durante meses e incluso durante años (ROMBOLI, 2009, p. 314).

En el caso del tercio de jueces constitucionales que escoge la Suprema Magistratura italiana (Corte de Casación; Consejo de Estado y Corte de Cuentas), existe también una división interna para la indicación de su composición. Mientras que la Corte de Casación escoge tres jueces para la Corte Constitucional, la Corte de Cuentas y el Consejo de Estado seleccionan uno respectivamente. La selección se realiza por mayoría absoluta del plenario, aplicándose un sistema electoral mayoritario compuesto (si no hay mayoría en la primera votación, las siguientes son realizadas apenas con dos de los mejores colocados, a ejemplo de lo que ocurre en Brasil, con la elección de su Presidente de la República).

A pesar de que la Suprema Magistratura pueda indicar también a cualquier abogado, profesor o magistrado para una de sus plazas, normalmente tiende a indicar apenas a sus magistrados. Y esto también aplica para cada Corte. Es decir, la Corte de Casación normalmente postula a uno de los suyos. De la misma forma sucede con la Corte de Cuentas y el Consejo de Estado, generando apenas indicaciones endógenas.

Con la indicación de los cinco jueces por el Presidente de la República de Italia, la situación corporativista se torna más libre y sin inconvenientes. Existe una previsión para que el Presidente del Consejo de Ministros (es decir, el Primer Ministro italiano) pueda refrendar la selección. Sin embargo, la doctrina entiende que esto surge apenas como una mera formalidad, en vista de que el Primer Ministro no tendría las condiciones de poder negar la decisión del Presidente de la República. La idea consiste en permitir una indicación más imparcial, lejos de las disputas políticas del parlamento o de la tecnicidad de la magistratura⁵.

274

Se observa que en el caso brasileño hay un procedimiento más simple para la selección de los Ministros del Supremo Tribunal Federal, que son en total once magistrados.

De hecho, apenas basta con la decisión presidencial y, naturalmente, la evaluación oral realizada por el Senado al magistrado seleccionado, de acuerdo con las facultades estatuidas en el artículo 52, III, de la Constitución brasileña de 1988, para que se escoja un Ministro del Supremo Tribunal Federal.

Es necesario destacarse que, en el caso de Brasil, el Poder Judicial fue excluido de todo proceso de indicación o selección, contrario al caso italiano. Existe una predominancia del deseo presidencial, con la concordancia del Legislativo (quien tradicionalmente le homologa su decisión selectiva). Ya en el modelo italiano, se mantiene la división equitativa de los tres Poderes.

5 Merece destaque el hecho en el cual, la Corte Constitucional funciona como Corte Penal (por ejemplo, para el juicio del Presidente en razón de su prerrogativa de foro), sumados los quince más dieciséis miembros, considerados laicos, escogidos entre los ciudadanos que poseen los mismos requisitos para ser electos senadores.

5. El problema del acceso al sistema de Justicia Constitucional

Más allá del tema del acceso a los cargos la magistratura (composición), problema este de relevancia igual o mayor se presenta con el acceso a la propia Corte, en relación a sus jurisdicionados. De hecho, hay una relación directa entre el modelo de jurisdicción constitucional adoptado y la elección de las vías de acceso al control de constitucionalidad (ROMBOLI, 2009, p. 306). Es decir, la decisión que respecta sobre quién puede tener acceso a la Corte es, en cierta medida, la decisión sobre el modelo de jurisdicción constitucional de un determinado país.

En el caso italiano, la ausencia de un acuerdo constituyente sobre este tema generó lo que se conoce como la “Enmienda Arata”⁶, dejando para después de la promulgación de la Constitución la decisión parlamentaria sobre las condiciones, formas e términos en los que podría ser suscitado el control de constitucionalidad⁷. Romboli destaca que la atribución a un futuro parlamento de la selección del modelo de acceso a la Corte recibió de Piero Calamandrei la observación de que estaban dando a los lobos el poder para construir la portera que da acceso a las ovejas. Sin embargo, al mes siguiente de haberse dado entrada en vigor de la Constitución, la opción al acceso fue realizada por la misma Asamblea Constituyente. En la sistemática escogida, se redujo de forma notable el acceso al juez ordinario para, en el curso del proceso, encaminar la cuestión constitucional a la Corte. Ya con el acceso directo le fue otorgado al Estado Central, para cuestionar una ley regional, así como a las Regiones, para cuestionar las leyes del Estado o de otras regiones.⁸

6 Arata era el nombre del parlamentario proponente.

7 Es lo que propone el profesor Roberto Romboli: L'Importanza fondamentale che assume per un sistema di giustizia costituzionale la determinazione dei soggetti legittimati ad attivarlo, fa risaltare la assoluta particolarità della esperienza italiana, per la quale la Costituzione, nel regolare gli elementi essenziali del nostro modello di giustizia costituzionale, non contiene alcuna indicazione in ordine alle modalità di attivazione”. (2009, p. 306).

8 Italia no es una federación, pero está descentralizada a través de regiones. Por eso es llamada como Estado Regional, pues se subdivide en diversas regiones que poseen competencias legislativas propias, determinadas por la Constitución de 1948. Así, las colisiones entre leyes de regiones y del Estado, o entre leyes de las propias regiones, unas con otras, es tema relegado a la Corte Constitucional y se encuadra en el llamado acceso directo.

Con esto se observa que más allá de la colisión entre las leyes del Estado y de sus Regiones entre sí (tema objeto de competencia de la Corte Constitucional para decidir de oficio, entre los entes públicos involucrados), el ejercicio de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional se realiza por intermedio de la motivación del juez común que, a pesar de no poder decidir sobre asuntos constitucionales, puede accionar a la Corte Constitucional para que ella misma pueda decidir.

La ausencia del acceso directo otorgado a un Procurador General o al mismo ciudadano común hace del juez común la puerta grande para acceder a la Jurisdicción Constitucional italiana, razón por la cual, en Italia, “*parla di sistema accentrato, ma ad iniziativa diffusa*” (ROMBOLI, 2009, p. 307), es decir, un sistema concentrado pero con iniciativa difusa.

La verdad es que los caminos para acceder a la Corte son tantos, en razón de la posibilidad de que los jueces ordinarios puedan elevar cada asunto hacia el punto de ser abordada una materia constitucional. Es decir, que en la vía incidental, quien suscita la cuestión constitucional es un juez, directo para la Corte, al analizar un proceso y tener dudas sobre la constitucionalidad de una ley en la cual se pretenda dar o no su aplicación.

276

Es por esto que en Italia se le da una gran importancia a la definición sobre cuáles serían los magistrados que pueden suscitar la constitucionalidad y mediante cuál tipo de proceso judicial (de un proceso que está bajo su instrucción) en donde se pueda levantar esta serie de cuestionamientos. ¿Un juzgado de primera instancia de jurisdicción podría accionar directamente a la Corte, o apenas las instancias superiores? Es por ello que se habla en la definición de “*giudice*” y de “*giudizio*”. Según Romboli, la noción de los jueces y de los juzgados, para fines de su caracterización por la vía incidental del acceso a la Corte, fue comprendida de manera más amplia por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los primeros años de funcionamiento, con la finalidad de presionar el curso de los asuntos constitucionales para eliminar el mayor número existente de dudas. Por este motivo, en los inicios de la Corte se entendía

En este caso, tanto el Estado como las propias regiones son consideradas legitimadas para accionar frente a la Corte Constitucional la modalidad concentrada.

necesario que el asunto constitucional fuese llevado por un magistrado estable en la organización judicial. Posteriormente, la propia Corte estipuló un límite: el carácter judicial y no administrativo de la actuación judicial. En este sentido, no será posible instaurar un asunto constitucional proveniente de un proceso cuya característica sea eminentemente administrativo (como por ejemplo de administración jurisdiccional de intereses privados dentro de una jurisdicción voluntaria).

Existe en Italia el acceso por la vía directa que no depende de un juez ordinario singular y se justifica en los casos oriundos de conflictos provenientes entre un órgano central y sus regiones, o incluso entre los mismos Poderes. En ese sentido, se le da equivalencia a la acción directa de inconstitucionalidad brasileña (ADIN), pues es llamado como juicio en vía principal, permaneciendo la hipótesis de serlo a través de la vía incidental (MALFATTI, 2006, p. 119 y 139).

Mientras que en Italia el acceso puede ser difuso, a través de la vía incidental, o concentrado, por la vía principal (aunque el control sea siempre concentrado, ya que no existe el control difuso), en el caso brasileño el acceso se da apenas por la vía difusa cuando se trata del control difuso de constitucionalidad. Cuando se versa sobre el control concentrado, los legitimados serán aquellos relacionados dentro del artículo 103 de la Constitución de 1988.

277

Es decir, en el plano difuso, cualquier juez o Tribunal, por impulso o a petición de las partes, puede suscitar su cuestionamiento. Ya en el plano del control concentrado, tan solo los sujetos literalmente descritos en el artículo 103 de la Constitución Federal pueden hacerlo.

Tan pronto sea accionada la Corte, se continua con la siguiente fase, la del propio proceso para la obtención de la decisión de constitucionalidad, como veremos a continuación.

6. El proceso para la obtención de la decisión de inconstitucionalidad y sus efectos

Una vez obtenido el acceso a la Corte, se inaugura el proceso donde se obtendrá la decisión de inconstitucionalidad.

En el sistema brasileño, mediante el modo difuso la declaración de inconstitucionalidad (inexequibilidad de la norma constitucional) se genera dentro de un proceso judicial que comprende los derechos concretos de sus partes debidamente identificadas. Como por ejemplo, en una acción de divorcio judicial, el magistrado puede proferir la sentencia y dejar de aplicar alguna ley que, en tesis, fuese aplicable al caso concreto, por considerarla inconstitucional. Para ello, basta que una de las partes, el Ministerio Público o bien un tercero incidental sustente junto al juez de la causa que una ley específica se torna inconstitucional en el caso concreto, dejando de ser aplicable en su momento. El propio magistrado puede hacerlo *ex officio*, sin necesidad de que sea provocada por las partes.

Es por esto que la decisión de inconstitucionalidad obtenida del control brasileño difuso asume el rito del proceso subjetivo en el cual la decisión será proferida. En lo que respecta al control concentrado, frente al Supremo Tribunal Federal, la situación es diferente, puesto que existe un rito propio para llegar a la decisión. A pesar de haber diversas formas de configurar las acciones directas: Acción directa de inconstitucionalidad por acción, acción directa de inconstitucionalidad por omisión, acción por incumplimiento de un precepto fundamental, acción declaratoria de inconstitucionalidad, todas son modalidades de acciones con rito especial.

En el caso italiano, según ROMBOLI (2009, 332) el juicio sobre la ley por la vía incidental está articulado mediante dos fases distintas, la primera se desarrolla frente al juez de primera instancia, la segunda frente a la Corte Constitucional.

En la primera, el magistrado, una vez provocado por alguna de las partes del proceso, o inclusive de oficio, somete el cuestionamiento a la Corte. Para ello, el debate constitucional central no debe haber sido manifestamente infundado. Esta es la primera condición (*la non manifesta infondatezza*) que beneficia la duda. Basta apenas que la cuestión sea no manifestamente infundada para darle seguimiento, cuando el magistrado tenga dudas al detectar que el dispositivo entra en conflicto con la Constitución. Puede dejar de hacerlo cuando efectivamente no haya real fundamentación y, en este caso, se declara como una cuestión que no

deba ser manifiestamente infundada. Es como un filtro. Una barrera que debe ser transpuesta.

En el sistema italiano también existe una segunda condición: para que el juez pueda someter la cuestión constitucional a la Corte, debe comprender que aquella norma es relevante para solucionar el caso concreto. De allí surge la condición de *rilevanza*. Al final de cuentas se trata del control concentrado, pero por la vía incidental. El acceso se realiza a través del magistrado. En ese sentido surge el entendimiento según el cual la cuestión constitucional indicada deba ser “relevante” para dirimir el caso concreto. La relevancia se analiza sobre este aspecto, no en razón del conflicto normativo en sí, más en razón de la utilidad para que la resolución del litigio de la vida real sea sometido concretamente al proceso. Vale la pena destacar el hecho de que el juicio de relevancia sea hecho al momento de la dependencia, por el magistrado, de la cuestión constitucional a la Corte. Así entonces, no importa si hubo una pérdida consecuente de relevancia o incluso de extinción procesal en la cual surgió la cuestión constitucional. Una vez sometida la cuestión a la Corte, la misma continuará siendo apreciada y realizado su control de constitucionalidad.

279

Romboli destaca también que junto a estas dos condiciones tradicionales fue incluida una más, a través de la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana: la necesidad de que el juzgado de primera instancia efectúe la *interpretación conforme*. Es decir, pasa a ser una condición para el sometimiento de la cuestión constitucional a la Corte donde el magistrado examine si existe alguna posibilidad para darle una interpretación en la cual se aproveche la norma sobre el prisma de la compatibilidad. Una obligación del juez en demostrar que experimentó superar la duda sobre la inconstitucionalidad por medio de una interpretación de la Ley a la luz de la Constitución. En la práctica, el filtro de la “interpretación conforme” busca que el magistrado analice la ley para que pueda demostrarse que no existe la posibilidad de darle una interpretación constitucional en el caso concreto (Como lo observa la sentencia 356 de 1996 de la Corte Constitucional Italiana).

Cabe destacar también que al optarse por el control concentrado, otorgado con exclusividad a la Corte Constitucional, se anula la

previsión en la que cualquier juez pueda accionar a la Corte, en caso de que existan dudas sobre la constitucionalidad de una ley aplicada por el magistrado ordinario (LANEVE, 2012, p. 27). En este caso, las diferencias entre la interpretación legal y la interpretación constitucional se atenúan, pues el magistrado ordinario singular, al momento de darle interpretación a la ley, también deberá hacerlo en relación a la Constitución, para constatar o no la existencia de cualquier duda sobre la constitucionalidad de la legislación ordinaria aplicable. En caso de que existan, el magistrado común accionará a la Corte Constitucional (ROMBOLI, 1999, p. 181). Esta es la tercera condición: la de efectuar una interpretación conforme.

Se colige con lo anteriormente dicho que a pesar de que en Italia no se conozca el control difuso de constitucionalidad (pues allí solo existe el control concentrado), se termina realizando un juicio de constitucionalidad en el ejercicio jurisdiccional del juez ordinario, quien podrá analizar si la ley es o no constitucional. Lo que el magistrado no podrá hacer es declarar su inconstitucionalidad: y en su caso, al existir incompatibilidad normativa, deberá elevarla a la Corte Constitucional. (ROMBOLI, 2007, p. 361).

Aun así, según Romboli, si el magistrado considera que la cuestión constitucional suscitada no está fundamentada o es irrelevante, él mismo deberá pronunciar la “*ordinanza di manifesta infondatezza o di manifesta irrilevanza*” (irrecurrible en la etapa procesal donde ella se suscite, pudiendo, ser presentada nuevamente en cualquier fase siguiente). El proceso continua con su curso normal, con sentencia de mérito. En el caso de que el juez entienda que la excepción de constitucionalidad no está manifestamente infundada (primer filtro), relevante (segundo filtro) y, también, entienda como excluidas las posibilidades de una interpretación de ley incompatible con la Constitución, se emite una “*ordinanza di rinvio o di rimessione*” que contiene un doble efecto: el de suspender el proceso en curso para aguardar la decisión de la Corte Constitucional y el de introducir el tema frente a la Corte, definiendo el modelo del cuestionamiento sobre el cual habrá un juicio constitucional, es decir, los motivos, la norma y la relación de parámetro (ROMBOLI,

2011, p. 51). Realmente todos los elementos apreciados por la corte en el juicio de constitucionalidad deben ser extraídos de la *ordinanza di rimessione* en la que el magistrado de primera instancia remite a la Corte. Es decir, la Corte Constitucional al decidir, no puede tener acceso al proceso suspendido, como también imposibilitada de otras decisiones de envíos de cuestiones constitucionales de otros casos remitidas a la Corte. La decisión de la Corte deberá considerar todos los elementos obtenidos apenas en la *ordinanza di rimessione*. Es por esto que la importancia: a pesar de suspender el proceso, le da forma a los elementos para el juicio de la Corte, el *thema decidendum* (ZAGREBELSKY & MARCENÒ, 2012, p. 297).

Evidentemente, serán notificados los agentes políticos que elaboraron o que pueden revocar la norma sometida para apreciación de la Corte, Primer Ministro (en el caso de una ley nacional) o Presidente de la Junta Regional (en el caso de una ley regional, en la que pueden (facultativamente) participar del contradictorio en el proceso constitucional, así como también serán notificados los presidentes de la Casa Parlamentaria. Esta apertura para el local o regional de poder participar del proceso objetivo se remonta al caso brasileño (DUTRA, 2005, p. 52).

281

Analizando el caso brasileño e italiano, se puede percibir que, a pesar que existan amplias diferencias, muchos institutos en Brasil pueden haber sido considerados una inspiración del procedimiento italiano, a ejemplo de la argumentación de inconstitucionalidad de normas frente a los tribunales, de acuerdo con el articulado 480 y 481 del Código de Procedimiento Civil. Tan pronto se apela la inconstitucionalidad el órgano colegiado del Tribunal admitiendo la relevancia, suspende el proceso en curso y lo remite a la sesión plena, de acuerdo con la cláusula de reserva del plenario. Este procedimiento es igual al de la *ordinanza di rinvio* del modelo italiano, solo que en lugar de ser encaminado el caso concreto a la sesión plena, se envía directamente para la Corte Constitucional.

A pesar de a las semejanzas y diferencias que se identifican en el procedimiento, sucede lo mismo con requisito de su eficacia que puede ser visto cuando se el sistema brasileño camina hacia una europeización en el control de constitucionalidad.

De hecho el tema de la decisión y sus efectos es sin lugar a dudas uno de los más importantes para el estudio del control de constitucionalidad, en razón de que la Corte posee un poder de estabilización del ordenamiento jurídico, así como de reafirmación de sus principios que, en su ausencia, podrían encontrar dificultades para su implementación. (PIZORUSSO, 2006, p. 366).

Según ROMBOLI (2009, 336 y ss.), existen distintas formas para que las decisiones de la Corte Constitucional sean elaboradas. No se debe confundir una *sentenza* con una *ordinanza*. En el caso de la sentencia, es proferida una decisión definitiva. La Corte juzga el caso de forma concluyente, en el sentido de resolver la materia apreciando su mérito, de acuerdo con lo que dice la Ley 87 de 1953 que reglamenta la materia. En el caso de las ordenanzas no existe esa posibilidad, puesto que puede ser utilizada por la Corte cuando se declara la manifiesta admisibilidad de la excepción de inconstitucionalidad o en el caso de las decisiones de restitución de los actos del juez de primera instancia.

En el caso de su estructura, la *sentenza* de la Corte Constitucional italiana (Brasil usa el concepto de *Acórdão* cuando proviene de decisión colegiada), se compone de tres partes. La primera habla de los hechos que envuelven el asunto. La segunda, el derecho, con la motivación y la tercera, es la parte dispositiva que es la síntesis de la conclusión. En la *ordinanza* no existe tal división entre los hechos y el derecho, en razón de ser una decisión más simple. Hay que destacar que la decisión no puede ser impugnada, conforme se extrae de la norma constitucional (Artículo 137: “contra las decisiones de la Corte no se admite cualquier impugnación”). Para Romboli, existen dos interpretaciones del dispositivo citado. La primera busca un impedimento con el cual las decisiones de la Corte no puedan ser alteradas por cualquier órgano (sí cabría por ella misma). En la segunda interpretación, la más conveniente, se indica que las decisiones no podrán ser impugnadas ni siquiera por la Corte Constitucional. En el caso brasileño ocurre la misma situación, en razón de ser inapelables las decisiones en fase de control concentrado, incluso cuando haya una constitucionalidad existente. (ZAVASCKI, 2001, p. 120).

De forma ilustrativa es posible observar que las decisiones judiciales brasileñas contienen también un resumen, los votos y la parte dispositiva de la decisión de inconstitucionalidad. En el control concentrado, frente al Supremo Tribunal Federal, no hay realmente una parte que se detenga en los “hechos”, sí en cambio a la contextualización del pedido, de las normas abordadas y de la pretensión de quien presenta la acción directa. Es la presentación del cuadro en cuestión. A continuación el Magistrado ponente presenta su voto, lo siguen los demás, hasta que la Corte llegue a una conclusión decidiendo por la procedencia o no de la acción, sea esta total o parcial.

En ese contexto se puede observar diversas clases de decisiones producidas por la Corte Constitucional, las cuales afectan la materia de eficacia, siendo decisiones meramente procesales o de mérito.

En el caso de las decisiones procesales, la Corte italiana no examina el núcleo de la situación sometida (esto es, si la norma es o no constitucional), examina los motivos procesales que le impiden realizar el mérito. Como ocurre en Brasil. La diferencia es que, en Brasil, a excepción de la inadmisibilidad de la demanda en la Acción Directa, el propio Magistrado Ponente puede declararla mediante despacho, aunque lo normal es que sea declarado a través del *Acórdão* para tal finalidad. En Brasil técnicamente no existen diferentes tipos de decisiones, una para asuntos procesales y otra para asuntos de mérito.

En el caso de Italia, dentro de las decisiones procesales pueden ser citadas: las que restituyen los actos al juez de primera instancia (aquellos que fueron sometidos a la Corte por medio de la (*ordinanza di rinvio o di rimissione*), como consecuencia de alguna alteración posterior a la ley, para que el magistrado de primer grado pueda reexaminar el filtro de la relevancia; las que optan por el rechazo de la excepción constitucional, en el caso de haber un error grave de envío del magistrado; las de inadmisibilidad, de carácter residual, cada vez que la Corte entienda que no puede entrar a analizar el mérito principal y que en el caso de la remesa de los autos al juez o también al no ser recibida por la equivocación cometida; las de evidente inadmisibilidad, cuando, por ejemplo, la materia es de rápida solución por ya haberse decidido.

También en ROMBOLI (2009, p. 339), se expone que las decisiones procesales tendrán el efecto de impedir que el juez tenga que proponer nuevamente la materia, especialmente cuando el defecto observado por la Corte no pueda ser subsanado (por ejemplo, sometió su apreciación para un acto sin fuerza de ley).

Las decisiones de mérito (*sentenza*) se exponen cuando la Corte considera fundamentadas las dudas sobre la constitucionalidad expuesta por el magistrado o, declarándose la norma como inconstitucional, en sentido contrario, cuando decida por la inconstitucionalidad de la norma. Dentro de algunas de ellas se destacan: a) sentencia de *infondatezza o dirigetto*. Considerando que la Corte juzga dentro de los límites en los cuales el asunto fue sometido, pudiendo entenderse que la norma impugnada no se expone al examen de exequibilidad frente a las demás normas constitucionales indicadas. Esto no significa que la norma sea constitucional, apenas que la norma no es inconstitucional en relación a la violación de las normas destacadas dentro de la remesa de excepción de inconstitucionalidad para la Corte, por parte del magistrado de primera instancia. En Brasil el procedimiento es diferente, pues el Supremo Tribunal Federal tiene la facultad de encontrar parámetros diferentes de aquellos que postula la demanda. No está sometido a la pretensión procesal y sí al pedido. Lo que el Supremo Tribunal Federal no puede incluir son nuevas normas en relación a las cuales no se solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad.

284

Ahora bien, cuando el caso está manifestamente infundado, la Corte italiana no lo pronuncia a través de una sentencia, y sí mediante la *ordinanza di manifesta infondatezza* (la existencia de casos que fueron juzgados con el mismo parámetro). En consecuencia, declara la Corte que el asunto es manifestamente infundado y le niega de esta forma su inconstitucionalidad.

La técnica italiana trabaja también con las sentencias interpretativas. En Brasil, el Supremo Tribunal Federal también lo ha venido haciendo paulatinamente, haciendo con que se aplique una eficacia vinculante en relación a la declaración de (in)constitucionalidad, no de la norma y sí en relación al tipo de interpretación. En Italia esto se puede ejemplificar con la *sentenza interpretativa di rigetto*, donde la Corte declara sin fundamentos

la cuestión sobre una perspectiva de interpretación de la norma (es decir que no es declarada la inconstitucionalidad porque interpreta la norma por el hecho de que la misma sea compatible con la Constitución). El resultado final es la no declaración de la inconstitucionalidad. Sin embargo, la técnica de la decisión termina enmarcando la interpretación posible de la norma como una *interpretazione correttiva*. Eventuales magistrados que no concuerden con la interpretación de la Corte podrán encaminar nuevamente la cuestión a la Corte para que sea analizada bajo nuevos fundamentos y pueda ser declarada inconstitucional. Esto es posible sin ser considerada una revisión, pues la primera *sentenza di rigetto* apenas declara la norma “no inconstitucional” en relación al parámetro indicado. No la declara inconstitucional con fuerza vinculante.

En Brasil, tanto la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, como su legislación (especialmente la Ley nº 9.868 de 1999), entiende que existe un efecto duplo en las decisiones de declaración de inconstitucionalidad (BARBOSA SOBRINHO, 2004, p. 52). Es decir, la improcedencia de una acción directa de inconstitucionalidad representa la declaración de inconstitucionalidad de la norma. En el caso de la improcedencia de la acción declaratoria de constitucionalidad, esta representa la declaración misma de inconstitucionalidad de la norma, con efecto *erga omnes* (artículo 24 de la Ley 9.868 de 1999, la ley brasileña que reglamenta el proceso del control de constitucionalidad por la vía de la acción directa).

285

Además de las sentencias de la Corte italiana que no reconocen la inconstitucionalidad, existen también aquellas sentencias de mérito, de acogimiento de la inconstitucionalidad. En este caso, *sentenze di incostituzionalità totale, parziale* e también as *sentenze additive di principio*.

Respecto a las primeras, ocurre la declaración de inconstitucionalidad, excluyendo del ordenamiento jurídico la norma impugnada. En el caso de la sentencia de inconstitucionalidad, un dispositivo se declara inconstitucional en la parte en que prevé o dispone sobre algún asunto. Son consideradas, para la Corte italiana, las decisiones manipulativas, permitiéndole a la Corte conseguir la modificación e integración de los dispositivos examinados, de modo que puedan ganar un contenido diverso al anterior.

En esa senda, una decisión manipulativa puede ser aditiva a medida en que la Corte, según su interpretación, termine introduciendo una norma (tensionando una actividad que por regla general es de cuño parlamentario) para su aplicación inmediata o incluso, para su aplicación *ex tunc*, a través de la fijación del principio a ser establecido por el Legislador. En este caso, la fijación del principio general se entiende como una sentencia aditiva de principios (ZAGREBELSKY & MARCENÒ, 2012, p. 400). Al final de todo, con las aditivas, ocurre una ampliación del ámbito de incidencia de la disposición con el fin de alcanzar situaciones posiblemente dejadas a un lado por el Legislador (MEYER, 2008, p. 70).

Es por esto que el asunto de la interpretación en la jurisdicción constitucional se torne un asunto tan manifiesto. Realmente el examen de la eficacia de la decisión de inconstitucionalidad en el sistema ítalo-brasileño no dispensa la apreciación del texto por el cual la decisión se manifiesta. Y en razón de ser un texto, se tiene también como pauta interpretativa. Con ello puede verificarse que una decisión interpretativa es, en cierta medida, un texto que también necesita su verificación. Al ser considerado que el texto no se confunde con la norma, no se podrá excluir de tal argumento el texto de una decisión judicial de inconstitucionalidad que, por más vinculante que sea, podrá sufrir también los cambios de posicionamiento a través del tiempo. De esta forma, la Constitución y las decisiones que se amoldan y forjan sus normas no serán nunca un proyecto finalizado, en cambio, serán una construcción evolutiva, abierta en el tiempo, parafraseando a Häberle.

En cuanto a los efectos temporales, vale la pena destacar el hecho de que la decisión promulgada por la Corte italiana surta efectos *erga omnes* al día siguiente de su publicación, sobre todos los procedimientos en curso. Pero no habrá la posibilidad de que sean *ex nunc* para alcanzar lo casos anteriormente juzgados, al menos con una única excepción el cese del cumplimiento de la pena de una persona condenada con sentencia en firme (cosa juzgada), en razón de una ley que declare la Corte inconstitucional de forma posterior. En el caso de Alemania, existe la previsión de reconsideración de una sentencia con cosa juzgada inconstitucional, indicando su aplicabilidad a procesos anteriormente juzgados (HECK, 2008, p. 81). En Italia no ocurre lo mismo.

En Brasil ocurre todo lo contrario, pues la decisión de inconstitucionalidad se entiende como declaratoria y, por lo tanto, posee efectos retroactivos, *ex tunc*. Cualquier decisión que sea diferente de lo anteriormente postulado deberá contener la regla de la modulación, prevista en el artículo 27 de la Ley 9.868 de 1999. Es decir, las decisiones brasileñas siempre serán *ex tunc*, pero con la posibilidad de que exista la modulación de los efectos temporales, respetadas las reglas del referido artículo, tanto a la mayoría cualifica de quórum para conseguir la modulación (dos tercios), como también los criterios para su modulación (razones de seguridad jurídica y excepcional interés social). La modulación puede ser conseguida a través de los precedentes vinculantes de interpretación en Brasil conocidos como Súmulas Vinculantes. (APPIO, 2011, p. 93).

Otra divergencia entre los modelos brasileño e italiano tiene que ver con la posibilidad de la reversibilidad de la cosa juzgada inconstitucional y la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad (MARI-
NONI, 2008, p. 119). En ese aspecto, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ya venía admitiendo la desconstrucción de una sentencia en firme con cosa juzgada, y la legislación fue modificada para prever ese caso concreto. Es el caso de lo que expone el artículo 741 del Código de Proceso Civil de Brasil: crea una nueva hipótesis de recursos de reposición en fase ejecutiva por parte de la Hacienda Pública, cuando la decisión ejecutada haya sido fundamentada por una norma declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal, o con base en una interpretación considerada incompatible con la Constitución.

287

Aunque también se pueden observar puntos en común en los efectos de los sistemas aquí comparados. La llamada “declaración de inconstitucionalidad por atracción” desarrollada por el Supremo Tribunal Federal brasileño como una creación jurisprudencial. En Italia se tiene una previsión expresa en la ley que organiza el funcionamiento de la Corte (Ley 87 de 195, l3), donde expone que, al haber sido declarada la inconstitucionalidad de una norma, la Corte debe indicar cuáles serán las normas que se invalidan como consecuencia de la decisión. Es lo que se conoce como *illegittimità costituzionale consequenziale*. Una especie de declaración por consecuencia, similar a la declaración por atracción brasileña.

Frente a las convergencias y divergencias citadas, se verifica que el efecto vinculante y *erga omnes* será siempre un norte a ser alcanzado. La razón de serlo, en busca de la planificación del entendimiento de una norma: planificación para toda la sociedad.

Es por esto que así como la Corte Constitucional italiana, el Supremo Tribunal Federal brasileño adopta sus decisiones que ejercen fuerza vinculante no apenas de la parte dispositiva, como también de sus motivos determinantes (FERNANDES, 2009, p. 204), en una idea generalmente aceptada en la que la función del Tribunal siempre se da en el plano de la protección de la Constitución y de la Garantía de los derechos fundamentales.

7. Conclusiones: la conducción del proceso constitucional brasileño por el STF: de Suprema Corte a Tribunal Constitucional

288

Al partir de la distinción común entre la Corte Constitucional (órgano encargado de salvaguardar con exclusividad la Constitución, muchas veces sin integrar la estructura del poder Judicial) y la Suprema Corte (órgano de cúpula del Poder Judicial, con competencia de instancia de recursos, que también puede ejercer el papel de guardián de la Constitución) se entiende que el Supremo Tribunal Federal, inicialmente concebido para ser una Suprema Corte del modelo estadounidense, poco a poco se ha venido europeizando, al asumir algunos trazos de una Corte Constitucional. Este fenómeno de “acentramiento” observado en Brasil también ocurrió en Italia, como se observa Dileta Tega en su libro *La Corte nel Contesto* (TEGA, 2020).

Al considerarse que en Brasil el Supremo Tribunal integra la estructura del Poder Judicial, ese aumento del plexo de contribuciones constitucionales termina convirtiéndose en una supremacía judicial, o bien, en una “supremocracia” según Oscar Vilhena Vieira.

Se percibe que, en la realidad brasileña, no existe mucha distinción frente a la realidad italiana. De hecho, hay puntos en común entre las mudanzas del proceso constitucional brasileño e italiano. Por esta razón, puede observarse que las materias examinadas aquí no son tan diferentes de las que se examinan en ese país.

Así, puede confrontarse el proceso constitucional italiano con las mudanzas por las cuales viene encontrando el proceso constitucional brasileño, para intentar comprender cómo funciona el sistema italiano de Justicia Constitucional y verificar los puntos de dialogo posibles con el sistema brasileño. Con ello puede llegarse a la conclusión de que, poco a poco, el Supremo Tribunal Federal viene transformándose en una Corte Constitucional, pasando a concentrar la jurisdicción constitucional dentro de sí.

Si en Italia el acceso es difuso para un control concentrado, Brasil comienza a adaptarse a este modelo, solo con la diferencia en la que el magistado singular en Brasil puede retirar la aplicación de la ley en un caso concreto, pero, al hacerlo, y siendo sometida la materia frente al Supremo Tribunal, la consecuencia puede ser la de la misma Corte italiana. En el pasado, un asunto suscitado en el control difuso se atenía a las partes del proceso. Hoy no ocurre lo mismo. La trascendencia de los motivos determinantes adoptada en los procesos que no son objetivos de la nítida impresión que la jurisdicción constitucional brasileña está siendo concentrada en la Suprema Corte.

289

El hecho es que el modelo adoptado en Brasil pasó por drásticas mudanzas bajo la óptica del fortalecimiento de la decisión de inconstitucionalidad proferida por el Supremo Tribunal, destacadamente después de la Constitución de 1988. Lo curioso es percibir que la implementación de estos cambios no fueron realizados apenas por medio de la alteración legislativa, como también lo fueron en razón de las decisiones de las Cortes (SANTOS, 2011, p. 86). Los Tribunales se han valido de instrumentos para ampliar sus poderes en materia de Jurisdicción Constitucional, como por ejemplo en la interpretación conforme a la Constitución y a la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciar su nulidad, constituyéndose como formas interpretativas de la decisión.

Con ello se constatan las premisas inicialmente propuestas, de absorción, por el Supremo Tribunal, a través del sistema europeo. En el caso italiano, esto se evidencia con la popularidad de las sentencias interpretativas en el ámbito del Excelso Pretorio.

Más grave aun es el percibir que esta aproximación se impulsa a través de un proceso de autoproducción de Poder. Proceso este que no sucede con exclusividad en Brasil. De hecho, no se considera un movimiento de un país en específico. La figura de la Corte con sus decisiones de efectos vinculantes hacen que muchas de las facetas de la vida política sean judicializadas por el mundo, de manera amplificada (LEAL, 2006, p. 138).

En el caso específico de Brasil, con el devenir de los años, ya es posible hacer un análisis histórico y verificar una comparación entre lo que fue el STF y lo que actualmente propone. El proceso constitucional brasileño cambió gradualmente y, en los días de hoy, no puede decirse que la corte brasileña pasa desapercibida de las formulaciones hechas por su pueblo en la vida cotidiana. Además de los cambios naturales en su Constitución (v. G., la enmienda Constitucional n° 3 de 1993, a respecto de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad – ADECON) y legislativas (Ley 9.868 de 1999), ocurre también un proceso de autoproducción de poder llevado a efecto por la propia Corte. Hay que ver el caso Reclamación Constitucional que discute si una norma de la Constitución contiene aun su eficacia (el artículo 52, X), para viabilizar o no, la declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* en procesos subjetivos con efectos concretos.

290

Los filtros fueron creados para disminuir el acceso y consecuentemente, el trabajo de la Corte. En Italia, por ejemplo, la obligatoriedad del magistrado de tener que efectuar la *interpretación conforme*, representa nada más que una tendencia para contener el proceso de litigios constitucionales frente a la Corte. En Brasil, existen otros ejemplo que pueden ser ofrecidos, como la creación jurisprudencial de la llamada pertinencia temática para la definición de legitimidad del acceso al sistema de justicia constitucional.

Por fin, se constata que, a pesar de ser diferentes los modelos adoptados en Brasil e Italia, existe una tendencia de tener en Brasil la incorporación de un sistema de Justicia Constitucional europeo, tanto en el plano de decisiones interpretativas como en el procedimiento en sí mismo: argumentación *in concreto*, suspensión del proceso y direccionamiento

hacia la Corte para obtener una decisión. Pero puede observarse que la incorporación surge apenas en la parte en que no disminuye el poder de la Corte. Cito un ejemplo: en Italia no es posible que un juez de la Corte Constitucional, por sí solo, decida previamente la suspensión de los efectos de una enmienda Constitucional. Las decisiones italianas son colegiadas y definitivas (sin tutelas de urgencia en la Corte Constitucional como se conoce en Brasil). Ya frente al Supremo Tribunal Federal esto es posible. Un Magistrado ponente, cuando la corte entra en receso, puede conceder medidas liminares suspendiendo no apenas una ley, como también una enmienda constitucional.

Estas consideraciones apuntan hacia la supremacía judicial brasileña, denominada de *supremocracia*, naturalmente considerando que el control de constitucionalidad en Brasil es eminentemente jurisdiccional, ejercido primordialmente por un órgano (el SFT) que no se encuentra por fuera de la estructura del Poder Judicial (muy por lo contrario, es un órgano de cúpula), a diferencia de lo que ocurre en Italia. La repercusión general y la relativización de la cosa juzgada son técnicas de refuerzo de esa supremacía judicial, valorizando la eficacia de las decisiones de inconstitucionalidad obtenidas por la Corte mayor, que se irradia de forma vinculante frente a los jueces y tribunales (ROSA, 2011, p. 27).

291

Finalmente, el resultado de la presente investigación nos deja una sensación en la que, por un lado, es cierto que existen aprendizajes a partir de la adquisición de experiencias externas y, por otro lado, es verdad que cada país y cada tribunal deberá construir su propia historia. Una mirada comparativa sobre el proceso constitucional y al sistema de control de constitucionalidad es válido, pero no puede sobre cualquier hipótesis, ceder a la miopía de la importación de conceptos sin criterios de modelos de justicia constitucional.

La constante inclinación del Supremo Tribunal Federal hacia un modelo de Corte Constitucional que se observa en Europa (tendencia que muchas veces se realiza mediante una metamorfosis promovida por la misma Corte) es un hecho constatado que merece cautela, ya que su importación de modelos deberá respetar, naturalmente, las diferencias de vida y de un entendimiento y cultura jurídica de las sociedades puestas en juego.



Bibliografia

1. APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade. Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2011.
2. BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. Comentários á Lei n. 9.868/99. São Paulo : Saraiva.
3. DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos. São Paulo: Saraiva, 2005.
4. FERNANDES, André Dias. A eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. Salvador: Jus Podivum, 2009.
5. HECK, Luís Afonso Heck. Jurisdição Constitucional: teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
6. Kelsen, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
7. LAMARQUE, Elisabeta. Corte Costituzionale e Giudici nell'Italia repubblicana. Lecce: Laterza, 2012
8. LANEVE, Giuseppe. L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di um sistema difuso di applicazione costituzionale all'interno di um sindacato (che resta) accentrato. In: CARAVITA, Beniamino (*a cura*). La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti. Napoli: Jovene editore, 2012.
9. LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional, *mimeo*, 2012.
10. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Derecho Procesal Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2008.
11. Malfatti, Elena. Le Regioni e Gli Enti Locali. In: ROMBOLI, Roberto. L'accesso ala giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di um modello. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
12. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
13. MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. In: Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.

14. MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. *Revista Novos Estudos*, nº 58, ano 2000.
15. MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.
16. MURO, Ignacio Torres. *La legitimación em los procesos constitucionales*. Madrid: Editorial Reus, 2007.
17. NAVAS, Francisco José Sospedra. *Justicia Constitucional y procesos constitucionales*. Navarra: Thomson Reuters, 2011.
18. PANIZZA, Saulle. *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte Costituzionale*. In: ROMBOLI, Roberto. *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*. Torino: Giappichelli, 2011.
19. PASSAGLIA, Paolo. *La disciplina dela composizione come primo cardine dell’indipendenza e dela legittimazione dell’organo: il caso dela Corte costituzionale italiana*. In: SPECCHIA, Marina Calamo. *Le Corti Costituzionali: composizione, indipendenza, legittimazione*. Torino: Giappichelli, 2011.
20. PERGORARO, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.
21. PERTICI, Andrea. *Le fonti comunitarie*. In: ROMBOLI, Roberto. *L’accesso ala giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di um modello*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
22. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros.
23. PIZORUSSO, Alessandro. *Le stagioni dela corte: la corte di oggi e quella del futuro*. In: *La Corte Costituzionale Compie Cinquent’anni*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 2006.
24. ROMBOLI, Roberto. *El control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, UNED, *Teoria y Realidad Constitucional*, n. 4, 2º semestre, 1999.
25. ROMBOLI, Roberto. *Il Giudizio di costituzionalità dele leggi in via incidental*. In: ROMBOLI, Roberto. *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*. Torino: Giappichelli, 2011.
26. ROMBOLI, Roberto. *Manuale di Diritto Costituzionale Italiano ed Europeo*. Torino: Giappichelle, 2009.
27. ROMBOLI, Robreto. *Giudici comuni e Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi*. In: SÁNCHEZ, Miguel Ravenga; MONTOLIO, Emilio Pajares e RODRIGUEZ-DRINCOURT, JUAN. *IV Jornadas italo-españolas de*

- Justicia Constitucional: 5º años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional español. Madrid: Gobierno de España, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2007.
28. ROSA, Alexandre Morais da. O Juiz Veste Prada?: o sentido da deriva hermenêutica no pós CR/88. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto & LOBÃO, Ronaldo (orgs). Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
29. SANCHÉZ, José Acosta. Formación de la Constitución Y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998,
30. SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 86.
31. SEGADO, Francisco Fernández. La giustizia costituzionale nel XXI secolo: il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano. Bologna: Cooperativa libreria Universitaria Editrice Bologna, 2010.
32. SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. In: Revista de Direito Público n 02 (out-nov-dez/2003).
33. TEGA, Dileta. La Corte nel Contesto: Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia. Bologna: Bononia University Press, 2020.
34. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: Revista Direito GV. 4(2), p. 441-464, jul-dez 2008.
35. ZAGREBELSKY, Gustavo & MARCENÒ, Valeria. Giustizia Costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2012.
36. ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Tendencias en los procedimientos en vía incidental, de la “difusión” hacia una nueva centralización*

✉ ELENA MALFATTI**

1. Factores que apuntan a una tendencia de los procedimientos en vía incidental hacia una “nueva centralización”. Algunas consi- deraciones preliminares

El tema en cuestión merece especial atención porque ciertamente ocupa un lugar destacado en las reflexiones científicas del profesor Romboli. Testimonio directo de ello es la atención que se le dedica en las primeras páginas de la última edición de un conocido volumen, que edita desde hace más de tres décadas¹: en efecto el citado Profesor explica cómo, mientras que en un sentido “atécnico” el carácter centralizado o difuso del sistema se refiere al peso específico ejercido por el juez en una determinada experiencia de justicia constitucional y para la realización de los fines propios de la justicia constitucional, en un sentido técnico, en cambio, la presencia o ausencia de elementos de difusión ha de reconocerse en la posibilidad del juez de decidir cuestiones sin pasar por la Corte Constitucional; y, más concretamente, en el reconocimiento o no de las facultades decisorias del juez, tanto en la fase ascendente como descendente del juicio incidental.

295

* Traducción realizada por la Dra. María Ruiz Dorado, Universidad de Castilla - La Mancha.

** Professoressa Ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Pisa.

1 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020, 34-35.

Pero parece haber pruebas de ello en los propios pliegues de la locución, que se refiere en un sentido amplio a una valoración prospectiva de la justicia constitucional y en particular del rol desempeñado por su artífice, respecto a otros agentes del sistema institucional, no sólo italiano sino también europeo; así como con respecto a la idea de un cambio, que se ha apreciado en los últimos años, en el sentido de una reafirmada centralidad de la Corte en relación al control de las leyes en el procedimiento incidental. Una centralidad no exenta, por otra parte, de aspectos críticos pero que se aprecia —en el supuesto, que me parece consolidado en el planteamiento del profesor, de que la Corte es un juez, aunque peculiar— tanto en el eje entre Corte-jueces (ordinarios) como en el de la Corte y los Tribunales (supranacionales).

No es casualidad si un enfoque dinámico enmarcado en los contextos experienciales de la justicia constitucional que siempre han caracterizado los escritos del profesor Romboli, el hecho de poder afirmar que el sistema adoptado en nuestro país es centralizado, y como centralizado (más centralizado que hace algún tiempo) hace referencia a una indudable capacidad de expresar, conjuntamente, una fuerte sensibilidad a los mecanismos globales que rigen el juicio ante la Corte constitucional y una fuerte aptitud para captar los significados y usos de las diferentes tipos de procesos.

De modo que, al menos idealmente, realzar el perfil en cuestión significa de algún modo coronar un análisis preciso, que parte de lejos y se desenvuelve pacientemente a lo largo del tiempo, identificando “estaciones” de distinto signo, rumbos jurisprudenciales concretos, decisiones a veces extemporáneas de la Corte. Todo ello basado en determinados acontecimientos, identificados como ejemplares, y en la capacidad de síntesis, de “proyección” sobre el trasfondo de las competencias de la propia Corte.

Releyendo los escritos del profesor Romboli resaltan, de hecho, varios elementos que preparan el terreno para una tesis tendente a la “nueva centralización”².

2 Personalmente, prefiero esta expresión a la de “recentralización”, utilizada por el Profesor, por las novedades de la reciente jurisprudencia constitucional respecto al período

Un primer punto de partida, es un cierto cambio de perspectiva que habría afectado al procedimiento incidental en el transcurso del tiempo, con referencia a los intereses que se hacen valer ante la Corte: la idea según la cual la sede del control de las leyes está depuesta, aunque sea de forma indirecta, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona, que está tan arraigada y consolidada que resulta bastante llamativa la lectura de la “prevalencia del interés público vinculado a la cuestión de constitucionalidad con respecto a los intereses específicos de las partes del proceso principal”, lo que lleva al profesor Romboli a evidenciar en consecuencia “el carácter esencial y la importancia preeminente, para la fase de inicio del proceso, de que la cuestión provenga de un sujeto al que se le reconoce una posición particular y particularmente garantizada en el ordenamiento jurídico”.

Podría argumentarse que la cuidadosa atención a las relaciones con el propio interlocutor institucional, indispensable para alimentar el control sobre la ley, y por lo tanto para potenciar el mencionado interés público, ha ofrecido progresivamente a la Corte un elemento esencial, en un primer momento para ganar espacio vital —en un escenario que representa no sólo la continuación ideal de un proceso real, de otro modo tal vez destinado a representaciones esporádicas—, sino posteriormente siempre central para “dosificar” las contribuciones mutuas a la función, en el ordenamiento, que la Corte y los jueces ordinarios se encuentran compartiendo con diferentes roles. Y suponer que, si viceversa el principal canal de entrada de cuestiones que implican dudas sobre las leyes hubiera sido, por ejemplo, la petición directa del ciudadano particular, preocupado por la suerte de sus propias situaciones jurídico-subjetivas, el entramado de relaciones con los jueces *a quibus* (a su vez entretejido con elementos que deberían haber diferenciado el acceso incidental y el recurso individual) habría resultado menos sólido, e incluso menos sofisticado, privando a la Corte desde el principio de una herramienta esencial para interpretar

que se podría decir que precedió, tendente a la “difusión”, como se podrá observar con posterioridad.

eficazmente, aunque variable a lo largo de los años, su papel en la escena institucional del país.

Un segundo elemento relacionado, pero más detallado, que ha surgido de las obras menos recientes del profesor Romboli, pero que ha sido objeto continuo de su atención hasta el día de hoy, es la relación entre el juicio de fundamentación manifiesta, que corresponde al juez remitente, y el de falta de fundamentación manifiesta, con el que la propia Corte puede cerrar el proceso constitucional una vez iniciado: señalada casi constantemente por el Profesor como un frente respecto al cual la diferencia entre las dos decisiones (sumaria, deliberativa la primera, de carácter pleno la segunda) “ciertamente válida y presente en la ley, termina por perder buena parte de su importancia si se pasa, en cambio, a considerar lo que es, en concreto, el contenido de los autos de remisión y el modo en que son motivados por los jueces en cuestión (...) tanto como para hacer pensar que, en presencia de un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, muchos, sin duda la gran mayoría de los autos de remisión serían decisiones de inconstitucionalidad”³. Cuestión que, a mi juicio, es la auténtica clave para entender (y, en su caso, de qué manera) el remitente habría podido “prescindir” de la Corte y cómo, a la inversa, esta última podría haber enseñado al primero a “emanciparse”, por así decirlo, del juicio constitucional.

Estrechamente ligado a este elemento, y que tampoco escapa nunca al radar del Profesor, se encuentran los usos de ciertas técnicas de enjuiciamiento por parte de la Corte (autos de falta de fundamentación manifiesta, en cierto modo también de inadmisibilidad manifiesta, que a partir de un determinado momento ha de ser leída en estricta relación con la doctrina de la interpretación constitucionalmente conforme, en el contrapunto de las sentencias interpretativas de desestimación), y que han implicado una modulación del carácter decisorio o no de ciertos pronunciamientos (como los autos “de manifiesta”), permitiendo una interpretación flexible, por así decirlo, de las relaciones entre el proceso

3 En este sentido véase: R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1993-1995), Torino, 1996, 84.

principal y la fase que se desarrolla ante la Corte, reforzando –al menos en su conjunto– la espina dorsal del procedimiento incidental. Será conveniente dedicarles algunas reflexiones en el siguiente trabajo.

A medida que la jurisprudencia de la Corte se introduce progresivamente en la construcción del nuevo horizonte conceptual, entran en escena algunos “ingredientes” menos llamativos (al menos inicialmente), a pesar de que son muy significativos para valorar las relaciones entre difusión y (re)centralización: como, en primer lugar, el uso de ciertos pronunciamientos aditivos de estimación (los denominados “aditivos de principio”) que son ambivalentes, y por lo tanto interesantes también para analizar la relación entre la Corte Constitucional y el legislador, pero capaces de exaltar –aunque sólo sea, en ocasiones, aparentemente⁴– las potencialidades hermenéuticas del juez. Y, por tanto, en cierto sentido, presagio de ambigüedad, por no decir capaz de dar lugar a un fenómeno de heterogeneidad de los fines, no consiguiendo en absoluto, como se temía inicialmente, un efecto paralizante en el juez a la espera de la intervención del legislador, por el contrario, a veces realzando demasiado, se podría decir, el carácter “generalizado” del juicio incidental.

299

Esto es lo que se desprende del análisis en profundidad de ciertas casuísticas, que el Profesor no dejó de examinar (par. 3), teniendo en cuenta también la percepción efectiva del fenómeno que muestran los jueces ordinarios. Las características de las aditivas de principio son

4 Si, con este tipo de decisiones, la Corte prefigura una especie de cooperación entre la misma, el Parlamento y los jueces, cada uno de los cuales debe actuar dentro de los límites de las competencias que le confiere el ordenamiento jurídico (R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1996-1998), Torino, 1999, 194). El profesor señaló en la siguiente edición (*Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1999-2001), Torino, 2002, 107-108) que “parece posible una diferencia significativa entre las hipótesis en las que la Corte ha indicado un principio específico, fácilmente determinable, y aquellas en las que el principio indicado parece genérico e indeterminado o incluso indeterminable si no es a raíz de una intervención específica del legislador (...); en el segundo caso, respecto al cual algunos han señalado el peligro de interpretaciones divergentes por parte de los jueces, sugiriendo soluciones tendentes a hacer que el sistema recupere el carácter de control “centralizado” (...) frente a principios afirmados por la Corte, pero considerados no aplicables por el juez, se ha hablado de un doble efecto paralizante (...) y (...) el juez no estaría en condiciones de concluir el juicio, a falta de una intervención del legislador”.

realmente singulares, lo que probablemente explica también un uso más modesto en el pasado reciente, en beneficio de otros tipos de decisiones que, yo diría, son más claras en sus límites, como la estimación *tout court*, o la estimación aditiva “sin (más) adjetivos”, pero también la clásica inadmisibilidad por discrecionalidad del legislador. De nuevo, considero que Romboli hizo aflorar la idea de la doble prejudicialidad, constitucional y de la Unión Europea –que ha pasado a primer plano en los últimos años, con un verdadero cambio de ritmo de la Corte que sigue mereciendo atención– en tiempos absolutamente no sospechosos.

De hecho, ya en 2005 se tuvo en cuenta la lectura “clásica” de esta eventualidad por parte de la Corte Constitucional, es decir, en el sentido de la inadmisibilidad manifiesta (por contradicción manifiesta) de la cuestión de legitimidad constitucional planteada al mismo tiempo que la cuestión de interpretación ante el Tribunal de Justicia (de modo que el juez no puede hacer una doble remisión prejudicial, teniendo que anteponer la prejudicial de interpretación a la de constitucionalidad). Sin embargo, no dejó de recoger importantes tensiones doctrinales con el fin de evitar la degradación del problema; cuestiones que posteriormente resultarán fructíferas para recuperarlo y problematizarlo en el período más reciente: por un lado, evidenciándose la remisión contemporánea no parece en absoluto contradictoria ante la negativa de la Corte a someter la cuestión de interpretación al propio juez comunitario (posición que, como es sabido, fue mantenida por nuestra Corte nada menos que hasta finales de 2013, al menos en lo que respecta al procedimiento incidental).

Por otro lado, recordando que para el juez, que no es de última instancia, resolver previamente la cuestión prejudicial comunitaria no es una obligación sino sólo una facultad (si bien, como mejor se entiende hoy en día, para ser utilizada *cum grano salis*, a la luz de la importantísima jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que ha considerado como susceptible de censura la violación grave y manifiesta del Derecho de la Unión⁵, a su vez entendida como fuente de responsabilidad por incum-

5 Desde el destacado caso “Francovich”, incluso las decisiones tomadas por los jueces nacionales que no son de última instancia pueden contribuir a la estratificación de una práctica

plimiento del Estado; y, por tanto, motivo de posibles reclamaciones de daños y perjuicios por parte de los particulares). De modo que —añade quién escribe— el planteamiento tradicional ulterior, que aseguraba que en caso de coincidencia sustancial entre la cuestión de constitucionalidad planteada en vía incidental y el objeto de un enjuiciamiento comunitaria pendiente ante el Tribunal de Justicia, se ordenaba la remisión a un nuevo rol, no podía darse por sentado desde el principio, sino que era digno de reconsideración o al menos de “flexibilización”, como sucederá más adelante.

Pero es, en general, también en el eje Corte-Tribunales (supranacionales), como he mencionado al principio de esta contribución, que el profesor Romboli orienta cuidadosamente sus reflexiones desde principios de los años 2000⁶, preguntándose si la jurisprudencia más reciente había producido una reducción del “momento de difusión” (el que tal vez apareció primero, es decir, desde mediados de los años 80) que representaba el poder de la autoridad judicial para inaplicar directamente la disposición del derecho nacional en conflicto con el derecho comunitario⁷. A este punto crucial dedicaré algunas reflexiones en el epígrafe 4.

301

A la inversa, puede mencionarse (acabando aquí el punto, que no es funcional a la tesis de la “nueva centralización”) cómo, la reivindicación de la centralidad de su propio papel operada por la Corte constitucional con referencia al CEDU y a la jurisprudencia del TEDH en las denominadas “sentencias gemelas del 2007”, se ha ido suavizando un poco en los años sucesivos (en palabras del Profesor, podría decirse, por tanto,

en la que las autoridades estatales malinterpretan el derecho de la UE, tergiversándolo y abusando de sus poderes discrecionales. R. Romboli en el 2005 (*véase* nota a pie de página precedente) retoma en realidad las observaciones de F. SORRENTINO, *E' veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giur. cost.*, 2002, 783, y de M. CARTABIA, J. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 194; quiénes en aquellos años se consideraban referentes en el estudio del fenómeno de la interacción entre la jurisdicción nacional y supranacional.

6 *Vgr.* Carta europea dei diritti e garanzie giurisdizionali (notazioni introduttive), in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 107.

7 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 41.

que el “momento de la centralización” se ha atenuado). Personalmente he tratado de argumentar esta trayectoria específica de la jurisprudencia constitucional en la ponencia presentada en el seminario de la Asociación *Gruppo di Pisa* en octubre de 2019⁸, pero incluso este elemento de conciencia se filtra de los estudios de Romboli⁹.

2. La instauración del procedimiento en vía incidental: entre la declaración de falta de fundamentación manifiesta, del “estímulo” para la interpretación conforme y el nuevo incentivo para que los jueces remitentes planteen cuestiones a la Corte

Procederé a exponer algunas reflexiones que me permitan, al menos metafóricamente, iniciar un diálogo con los escritos del Profesor, con los pasajes y expresiones que más me han estimulado, inspirándome en sus numerosos trabajos científicos, entre los que se encuentran no sólo *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, sino también los volúmenes que recogen las actas de los seminarios o congresos del *Gruppo di Pisa* y los que, más recientemente han embellecido el *Corso di Alta Formazione in giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, en honor a Alessandro Pizzorusso y organizado cada año en Pisa, entre otros.

Un aspecto que el profesor Romboli no se ha cansado de destacar, desde el momento en que consideraba la eliminación total del “arretrato”¹⁰ como un resultado prodigioso y antes impensable, es el número de cuestiones examinadas por primera vez y sin embargo declaradas manifiestamente infundadas, quedando atrás la época en que la Corte

8 E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relazione al Seminario Annuale dell'Associazione *Gruppo di Pisa*, svoltosi a Pisa il 25 ottobre 2019, Napoli, 2020, 135.

9 Cfr. infatti R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice “a quo” in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 861, e più recentemente R. Romboli, *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, relazione introduttiva al Seminario Annuale dell'Associazione *Gruppo di Pisa*, cit., 27.

10 Con “arretrato” se hace referencia a la práctica seguida por la Corte constitucional italiana, hasta los años 80, consistente en el retraso, durante un largo período de tiempo (incluso de 5 años) en resolver algunas cuestiones que se le planteaban. Práctica que fue eliminada con la Presidencia del Magistrado Saja.

solía encomiar a los jueces ordinarios, pasando a tratarlos “a patadas” (con fines educativos).

La expresión, sin duda vivaz¹¹, conduce a un razonamiento sobre el terreno que constituye un *trait d'union* entre los dos juicios, *a quo* y *ad quem*, también en consideración a la capacidad adquirida de los jueces para plantear excepciones potenciando (o al menos intentando potenciar con sus motivaciones) el requisito de la no infundamentación manifiesta.

En este sentido, el Profesor, basándose en los datos existentes¹², subraya que si –desde 1982 la Corte extendía a las nuevas cuestiones las argumentaciones empleadas en cuestiones precedentes, proponiendo las mismas *rationes decidendi*– desde 1987 utiliza los autos de falta de fundamentación manifiesta incluso para reprochar al juez haber comparado situaciones no homogéneas, de no haber identificado correctamente o de haber interpretado mal la disposición impugnada, de no haber planteado correctamente la cuestión de constitucionalidad, de haberse basado en un presupuesto interpretativo erróneo, de no haber tenido en cuenta adecuadamente un derecho vigente, etc.

303

Un laberinto de hipótesis que se confirmarán durante muchos años (a veces la Corte responderá con sus otros autos llamadas de manifiesto, los de inadmisibilidad), y que, por tanto, expresan con firmeza una decisión de la Corte (sólo esporádicamente atemperada por autos acompañados de una amplia motivación) que es la de cerrar cuidadosamente el perímetro dentro del cual ejercer sus competencias en plenitud; responsabilizando –en contrapartida– a la actividad de identificar y filtrar, en sentido ascendente, las cuestiones que merecen ser examinadas constitucionalmente respecto de aquellas que ni siquiera deben ser formalizadas como tales, en la delicada labor de cribado encomendada a los jueces

11 Extraída de la primera edición de *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1987-1989), Torino, 1990, 138.

12 R. ROMBOLI richiama nella prima edizione degli *Aggiornamenti* alcuni suoi specifici lavori, come *Passato e avvenire della “manifesta infondatezza”*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1120, e *Le ipotesi di convocazione della Corte costituzionale in camera di consiglio*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del Convegno (Trieste, 26-28 maggio 1986), Milano, 1988, 613.

ordinarios, sino que deben ser resueltas directamente a través de sus propias virtudes hermenéuticas.

Una elección que ha conllevado una apuesta, sobre la capacidad de introducir este *modus operandi* específico, así como sobre el grado de penetración de sus propias, aunque breves, directrices, por parte de los necesarios introductores del juicio ante la Corte que, con el beneficio de la retrospectiva, puede considerarse ganada. Así, sintéticamente, se podría pasar ya al examen del período más reciente, en la que hemos asistido a correcciones de rumbo bastante importantes, con sentencias que han vuelto a superar los autos en su conjunto y, en todo caso, con una Corte que ha motivado mejor muchas de sus propias decisiones, también en el sentido de la falta de fundamentación; al trasladar, finalmente, algunas de las hipótesis previamente definidas por un auto de manifiesto, al diferente “saco” de las interpretaciones de desestimación¹³.

304

Sin embargo, creo que sería útil reflexionar más sobre este último aspecto, sobre los motivos por los que la Corte, una vez eliminado el “cuello de botella” constituido por el “arretrato”, no ha continuado desarrollando su papel de guía competente de la autoridad judicial, que había emergido en la primera fase de su experiencia; continuando con el uso masivo de este instrumento específico. Por el contrario, las sentencias interpretativas de desestimación están disminuyendo gradualmente, sin ser compensadas por las “enmascaradas” (identificándolo el profesor Romboli como “el mínimo histórico” en el trienio 2011-2013), para volver a aumentar sólo en el último periodo.

Aquí la aportación del profesor se despliega en muchos trabajos científicos¹⁴, con la claridad que le distingue, y brilla por su nitidez al po-

13 Algunas referencias puntuales se pueden encontrar en *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2017-2019), cit., 100-101; pero las señales de un cambio de tendencia ya eran evidentes en *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2014-2016), Torino, 2017, 132-135.

14 Me gusta recordar, entre otras, algunas (de las muchas) contribuciones de R. ROMBOLI su riviste straniere, ad es. *La interpretatòn de la ley a la luz de la Constitucìon. La llamada “interpretatòn conforme” en las relaciones entre la Corte costituzionale y los jueces ordinarios en Italia*, in *Derecho PUC*, 2007, 123; *La relacion entre la Corte constitucional y la*

ner de relieve los virtuosos vínculos entre la doctrina del derecho viviente (no tanto una técnica de enjuiciamiento a partir de la cual contribuir, precisamente con la propuesta de la propia interpretación, a la formación de una determinada orientación jurisprudencial, sino si acaso más a menudo al objeto del juicio incidental), la mejora global las relaciones entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación (que se ha convertido progresivamente en un “guardián” activo, además de cualificado, del juicio incidental), un incentivo para la actividad hermenéutica de los propios jueces (a los que la Corte pedirá expresamente que no se limiten a motivar la decisión sobre si es o no manifiestamente infundada, sino que intenten una interpretación conforme a la Constitución, “sancionando” a partir de 1998 cualquier incumplimiento con una sentencia de inadmisibilidad).

Asimismo, incluso antes de la sentencia n° 356/1996, comúnmente conocida como “pionera” de la jurisprudencia sobre la obligación del juez de experimentar una interpretación adecuada, Romboli advirtió que la Corte, según criterios nunca expresamente enunciados, parece querer deshacerse rápidamente de las cuestiones consideradas de poco valor o importancia, e introducir en el sistema de control de las leyes alguna forma de selección, tendente a reducir los micro-conflictos y a concentrarse en las cuestiones dignas de mayor consideración¹⁵.

305

La concatenación de los diferentes niveles de investigación puede transponerse, en mi opinión, en una doble consideración global, que los estudios del Profesor permiten hacer emerger, pero de la que quizás la propia doctrina italiana no sea siempre muy consciente: junto a la indudable –y pacífica– revalorización del rol del juez ordinario, instado a ejercer lo mejor posible su función de filtro de las excepciones de constitucionalidad –sin de ello extraerse la fácil conclusión de la consecución en nuestro ordenamiento de un control de constitucionalidad de carácter

autoridad de la jurisdicción común en el control constitucional de la ley, in Revista peruana de derecho público, 2012, 13.

15 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, cit., 169.

difuso¹⁶— la Corte ha tratado de labrarse un papel muy peculiar que no se daba por descontado, es decir, que no constituyera necesariamente una consecuencia del modelo centralizado de iniciativa difusa emergente de la normativa (aunque estratificada y, como es sabido, en cierto modo aleatoria) relativa al enjuiciamiento de las leyes en vía incidental.

No obstante, en un momento dado, esta intención ha dado lugar a un resultado que yo definiría como sobreabundante, con jueces que han ensayado, a veces con facilidad, los recursos ofrecidos por la Carta Fundamental, determinando incluso el mismo descenso numérico en el número de autos de remisión a la Corte¹⁷, y circunscribiendo las ocasiones de intervención de esta última, hasta el punto de casi temer su marginalidad en el sistema.

Incluso el mismo uso modesto de las sentencias interpretativas, se ha presentado la ventaja de no exasperar las relaciones con la Corte de Casación o, sin embargo, de no reiterar viejas tensiones —que, al menos en hipótesis, podrían haber surgido no tanto de la concepción en abstracto de la respectiva posición jurídica (por ahora madurada), como de la aproximación en términos concretos a temáticas complejas, desde el cómputo de los plazos de las medidas cautelares personales hasta la cuestión de la *translatio iudicii*¹⁸)— también parece haber producido (o, al menos, tocado) resultados innecesarios: poner una tensión indebida en la relación con el juez *a quo* (al menos, el juez de instancia); contribuir,

16 En este sentido, R. ROMBOLI siempre ha sido claro, reconociendo un mayor grado de concreción en el juicio incidental, pero aceptando más bien la idea de una revisión no generalizada, sino —como se dirá en el texto— colaborativa. Cfr. por ejemplo *Il diritto processuale costituzionale dopo la “svolta” degli anni 1987-1989*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 330-331.

17 Una “caída libre” del procedimiento incidental, debida también a la disminución del número de solicitudes, ROMBOLI ragiona negli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, 32, e negli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, di nuovo a pag. 32.

18 *Qualcosa di nuovo ... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant’anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 89.

aunque sea de forma indirecta, a un cierto endurecimiento de las relaciones en el seno de la jurisdicción, atestiguando frecuentemente su juicio sobre el derecho viviente (y renunciando a ese impulso dialéctico que, con las interpretativas de desestimación de la primera fase, había favorecido la aplicación de los principios constitucionales a través de los jueces más eclécticos, sensibles, hábiles, capaces de llevar a sus propias consecuencias las intuiciones de la Corte); y, de nuevo, eliminar del ordenamiento jurídico disposiciones que podrían no haber agotado su potencial aplicativo si se “reintroducen” de nuevo en el circuito jurisdiccional (aquí paso por alto el supuesto contrario, que ha surgido esporádicamente y ha sido destacado por el Profesor¹⁹, en el que la Corte ha sugerido interpretaciones no permitidas por el texto de la ley o demasiado “creativas”).

Por todas estas complejas razones, que sólo puedo recordar aquí, llega la fase de la “nueva centralización”, en la que la Corte recalibra sus relaciones con los jueces comunes (que deberían ser inducidos con menos facilidad a “prescindir” del juicio de la primera), suavizando la doctrina de la interpretación constitucionalmente conforme (que no se entendía, ni siquiera en el pasado, de forma completamente esquemática²⁰); expresando una posición muy diferente, por tanto, que quizás, si profundizamos, ya podemos vislumbrar en el ingente número de sentencias examinadas por el Profesor²¹, y que, sin embargo, encontrará un adecuado correctivo en el

19 Fin dagli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004), cit., 118.

20 Que el juez tenía la obligación de dar una interpretación correcta o, cuando es posible más de una interpretación, al menos una interpretación plausible, se desprende de ROMBOLI dalla giurisprudenza costituzionale fin dagli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1996-1998), cit., 201. El Profesor dedujo de la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones que la obligación se relajaba, por así decirlo, cuando el juez se encontraba expuesto a una probable reforma de su propia decisión, teniendo que evitar así una sentencia suicida. Por último, en algunos casos ROMBOLI advirtió una especie de lanzadera entre la Corte y el juez *a quo* que, cuando se le pedía una interpretación adecuada, en realidad volvía a proponer la excepción subsanando la insuficiencia de motivación precedente.

21 Vgr. Corte cost., ord. n. 399/2005, en virtud de la cual “la falta de realización de la interpretación en su totalidad (sin perjuicio del resultado de la interpretación, que obviamente se deja a la decisión del juez *a quo*) se traduce en un vicio de motivación inadecuado respecto a la imposibilidad de dar al precepto impugnado una interpretación conforme a la Constitución”.

2015, cuando en varias ocasiones la Corte llegará a considerar cumplida la obligación de probar la interpretación conforme en el sentido de que es suficiente con que el juez motive de forma plausible la elección de no seguir una interpretación que supere las dudas de constitucionalidad, dado que la validez de las diferentes interpretaciones atañe al fondo (y no a la admisibilidad) de la cuestión²². Una primera y fuerte señal dirigida a contrastar la crisis de la vía incidental, que comenzó a rozar el propio modelo de justicia constitucional, y que el profesor Romboli identifica lúcidamente²³.

3. La solución del procedimiento en vía incidental a la luz de algunas técnicas decisorias particulares: la supervivencia de las sentencias interpretativas desestimatorias, el limitado “appeal” de las aditivas de principio, la recuperación de la estimación (o inadmisión) “sin adjetivos”

308

Desde el punto de vista de la solución del juicio, los incentivos para una “nueva centralización” pueden captarse poniendo en orden algunos datos y ciertas elecciones de la Corte, que los estudios del Profesor ayudan a apreciar: en efecto, una mayor parsimonia en el recurso a los llamados autos de manifiesta, y el aumento numérico de las sentencias respecto a los autos, en general, parecen combinarse con una cierta reexpansión en el uso de las sentencias interpretativas de desestimación, y con una prudente “dosificación” de otras técnicas decisorias, algunas de las cuales quizás no hayan funcionado como se esperaba (*vgr.* las sentencias aditivas de principio).

Por lo que respecta, en particular, a las interpretativas de desestimación, que nunca han desaparecido del todo, ya se ha mencionado que Romboli puso de manifiesto en una fase temprana un “cambio de piel” parcial, en el que la Corte emprende operaciones audaces, difícilmente

22 Recuerdo que, recientemente (sentencia n° 123/2020), la Corte ha observado, no obstante, que, “para ser verdaderamente consciente, la exclusión de la interpretación adaptada por parte del juez *a quo* debe basarse en un examen “preciso y exhaustivo” de las alternativas que ofrece el debate jurisprudencial (...): a falta de tal examen, la cuestión de constitucionalidad es inadmisibile”.

23 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, cit., 102-107.

conciliables con el contexto normativo de referencia, arriesgándose al surgimiento de nuevas tensiones con el poder judicial (*supra*, apartado 2) y; en consecuencia, la invasión ilegítima del papel y las opciones de competencia del poder legislativo²⁴.

El Profesor advierte entonces su “recuperación de terreno” allí donde antes la Corte las habría declarado sin duda inadmisibles por la falta de experimentación de la interpretación conforme (por ejemplo, con la sentencia n° 153/2012), o manifiestamente infundadas por error en el presupuesto interpretativo (por ejemplo, con la sentencia n° 60/2014²⁵). A pesar de ello, no faltan las interpretaciones en sentido clásico, en las que la Corte concluye el juicio indicando directamente la interpretación que puede salvar la disposición de la declaración de inconstitucionalidad (conocido es el caso de la sentencia N° 42/2017, sobre cursos universitarios en lengua inglesa).

Adicionalmente, sobre las aditivas de principio Romboli ofrece valiosas ideas para la reflexión, sobre un fenómeno que yo diría en contratendencia, al menos a partir de cierto momento, frente a la fuerza sustancial que han mostrado las interpretativas de desestimación. Si hace sólo diez años el Profesor²⁶ afirmaba que el fundamento de la posición adoptada por la Corte en esta materia era el mismo que subyace (subyacía) a la obligación del juez de proceder a la interpretación conforme —es decir, la convicción de que en muchos casos una tutela más eficaz de los derechos constitucionales puede ser lograda por el juez, que es el único que puede tener en cuenta las particularidades del caso, más que mediante una intervención demoledora necesariamente general de la Corte— compartiendo con ésta el efecto de transformar en cierta medida la cuestión de la constitucionalidad en una cuestión de interpretación, y confirmando la evolución del modelo de revisión de las leyes hacia un modelo colaborativo; la

24 R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”*: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, 2018, I, 2226.

25 Las referencias adicionales son las que ya figuran en la nota a pie de página 12.

26 R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Torino, 2011, 16-17.

práctica posterior, con sus discontinuidades, encontró en Roberto Romboli claves particularmente atentas a la interpretación.

Ya en la edición 2011-2013, se estudia un caso delicado y problemático de avalar, en caso de perdurar la inercia legislativa, que determinadas elecciones se hicieran a nivel jurisprudencial (las relativas a la búsqueda de los orígenes, por parte del hijo adoptivo, de la madre biológica que había optado por el anonimato, sentencia n° 278/2013). Así como otro caso (sobre el régimen relativo a la afectividad de los detenidos en la cárcel, sentencia n° 301/2012), en el que la Corte rechaza, en cambio, emitir la aditiva de principio explícitamente requerida por el remitente –para no emitir una decisión de fondo demandada al legislador y en la que se entremezclan también otras necesidades de orden y seguridad, no dejando así a los jueces la posibilidad de garantizar interinstitucionalmente el derecho en cuestión por vía hermenéutica–, pero subrayando que se trata de un “problema que merece cualquier atención por parte del legislador”, incluso a la luz de las directrices procedentes de los actos supranacionales a los que se refiere el remitente (que no son inmediatamente vinculantes) y de la experiencia comparada”, y por tanto a la “necesidad real y fuertemente advertida” (...) de una vida emocional y sexual intramuros.

Se aprecia aquí un camino diferente, tomado por el Juez Constitucional, que recupera del instrumental más tradicional de su propia jurisprudencia la inadmisibilidad “sin adjetivos” junto con la advertencia al legislador. Técnica de combinación que se ha ido afirmando notablemente a lo largo de los años, ante las peticiones de intervenciones aditivas consideradas no “rimas obligatorias”²⁷ (sin mencionar aquí el uso paralelo, por parte de la Corte y en otras circunstancias, de las llamadas

27 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 126, destaca cómo el Presidente *pro tempore* de la Corte, F. Gallo, en su informe de 2013, sostiene que los exhortos son el único instrumento del que dispone la Corte para inducir a los órganos legislativos a eliminar situaciones de ilegitimidad constitucional que, aunque constatadas por Corte, no dan lugar a un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad; y que estos exhortos no equivalen al mero deseo de un cambio legislativo, sino que constituyen la afirmación, realizada en el ejercicio típico de las funciones de la Corte, de que en virtud de la Constitución el legislador está obligado a intervenir en la materia.

rimas (sólo) “adecuadas” que conducen a la estimación²⁸); recuperando así un papel más central de la Corte, sobre la base de las relaciones con el Parlamento. Una vía que podría resultar quizás, o al menos en ocasiones, más eficaz, no dejando pretexto alguno para el responsable político, que no podrá apoyarse a medio plazo en ninguna solución o artificio jurisprudencial, encontrándose, por el contrario, “intacto” y aún por tratar, el problema evidenciado por la Corte.

Surgirán luego otros casos, en la experiencia posterior, reveladores de las dificultades aplicativas que encuentran las aditivas de principio (incluida la citada sentencia nº 278/2013), y son los expresados plásticamente en la sentencia nº 170/2014 sobre el llamado divorcio impuesto a los transexuales y por la sentencia nº. 96/2015 sobre el acceso a la procreación médicamente asistida por parte de parejas fértiles pero portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles.

En pocas palabras, y como creo que ha podido detectar el profesor Romboli en relación con el caso del divorcio impuesto, hay algo que no funciona perfectamente, en el “seguimiento” de las aplicaciones jurisprudenciales: por un lado, una suerte de intolerancia del juez ordinario frente a la excesiva sofisticación de los instrumentos de estimación, frente a la cual se premian las necesidades concretas en términos de la “necesaria adecuación” a las directrices de la Corte, calificadas como “imperativas” y “constitucionalmente inderogables”²⁹. Por otro lado, el riesgo de una excesiva variedad en los propósitos jurisprudenciales de los mismos principios “administrados” por la Corte; lo que puede hacer que el marco aplicativo esté muy fragmentado y que los resultados de las sentencias en las que se plasman progresivamente las directrices de la Corte, sean

28 Remítase a F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 2020, I, 118, que se refiere a aquellos casos en los que el sistema en su conjunto ofrece “puntos de referencia” precisos y soluciones ya existentes.

29 Vengo aquí a parafrasear la Cassazione civile, sez. I, 21 de abril de 2015, núm. 8097, en Foro it., 2015, I, 2385, que dio curso a la sentencia sobre el divorcio impuesto, considerándola indudablemente aditiva y sobre todo autoaplicativa, estando obligado el juez *a quo* a identificar en el plano hermenéutico la regla para el caso concreto que invierte el principio imperativo establecido por la Corte Constitucional.

excesivamente distantes, frustrando así las expectativas legítimas de los interesados³⁰.

No sé si mi percepción del fenómeno³¹, a decir verdad, nunca explicado en términos similares a Romboli, fuerza la lectura del Profesor³². Ciertamente el uso de las aditivas de principio irá menguando, aunque la Corte no lo niega a nivel de método, como muestra en la última edición de *Aggiornamenti*, recordando puntualmente la sentencia n° 105/2018, sobre la prestación de maternidad o paternidad debida a cuidadores en la preadopción de un menor³³: se trata en realidad de una sentencia de inadmisión, pero es interesante por el estilo casi didáctico de la motivación, en la que se recuerda al juez remitente (que hubiera querido una aditiva

30 Y devaluando, en definitiva, el propio instrumento ideado por la Corte, destinado a dar alguna –pero no ninguna– solución a la necesidad de tutelar las libertades fundamentales. La perfecta síntesis del Profesor sobre los problemas relacionados con las adiciones de principio en in R. ROMBOLI, M. LABANCA CORREA DE ARAUJO (a cura di), *A Função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional*, in *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*, Belo Horizonte, 2015, 47.

31 Cfr. E. MALFATTI, *Decisioni di accoglimento nel “seguito” giurisprudenziale, in ordine ad alcune questioni (rimaste) controverse*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 533, en la que destaqué, siguiendo los resultados de mis otras investigaciones, como, especialmente en relación a la cuestión de la búsqueda de orígenes, las aplicaciones jurisprudenciales eran heterogéneas, sin mencionar aplicaciones irrelevantes e incluso no aplicaciones.

32 Recuerdo como R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga col legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro it.*, 2014, I, 2680 afirmó que: “la particularidad de la sentencia n° 170 radica (...) en el hecho de que faltaría el “inevitable” efecto demoledor y, por tanto, también el “doble efecto paralizante”, ya que la norma impugnada debería seguir aplicándose, pues no sólo no es inconstitucional, sino incluso constitucionalmente necesaria, porque la introducción, en casos como el que se examina, del divorcio a instancia de parte “equivaldría a posibilitar la continuación del vínculo matrimonial entre sujetos del mismo sexo, en contraste con el artículo 29 de la Constitución italiana”. Y respecto a la intervención de la Corte de casación el propio Romboli *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può resuscitare a seguito dell’auspicato intervento del legislatore*, in *Genius*, 2015, 120) escribió que “parecería haber sobrepasado los límites permitidos a la “creación” del derecho por parte del juez, ya que viene a hacer una elección (la relativa a una disciplina sobre todo el estatuto de la pareja unida en matrimonio, en la que uno de los cónyuges procede a un cambio de sexo) que parece tener que considerarse reservada al legislador y a crear una nueva institución “el matrimonio a término” que tampoco parece ser competencia de la autoridad judicial”.

33 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 101-102.

“a secas”, ya que el legislador no intervino tras la anterior sentencia nº 385/2005, aditiva “de principio”) que es deber del juez, llamado a aplicar la Constitución y las sentencias que la Corte adopta para garantizarla, fundar su decisión en el principio enunciado por ésta, e introduciéndola en el ordenamiento como norma de derecho positivo, incluso antes de que el legislador intervenga para darle plena aplicación. “En continuidad con la jurisprudencia de esta Corte”, se lee en un pasaje, “debe afirmarse que las declaraciones de ilegitimidad constitucional acompañadas de la adición de un principio, enunciado de forma puntual y por tanto susceptible de aplicación directa, imponen la búsqueda dentro del sistema de la solución más correcta (...), incluso cuando la sentencia ha remitido su aplicación al legislador”.

Considerando las circunstancias, tal vez se podría concluir que la delegación sustancial en los jueces comunes de la “adición de normas” de conformidad con el principio enunciado por la Corte se hace más esporádica, en beneficio de las manipulativas más clásicas, incluidas bastantes aditivas en las que es la Corte la que “recentra” (y monopoliza) las “normas añadidas”, como se desprende también del preciso informe sobre la jurisprudencia constitucional de 2019 publicado por el Servicio de Estudios de la propia Corte.

313

4. La reaparición del procedimiento en vía incidental: entre las exigencias legítimas y cierta tentación por parte de los tribunales ordinarios de primar las soluciones ofrecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por último, hay otro campo de investigación, bien captado por Romboli, que ha contribuido y está contribuyendo de modo decisivo al cambio de fisonomía de la justicia constitucional en los últimos años: el representado por el intento de la Corte de incluir en el propio enjuiciamiento las cuestiones relacionadas con el derecho europeo, que habían acabado asumiendo un peso marginal en el proceso incidental. Ello también en consideración de la tradicional orientación de la Corte en cuanto a la doble prejudicialidad, ya mencionado con brevedad en el epígrafe 1, que permitía utilizar el derecho europeo en el juicio constitucional

únicamente como parámetro; convirtiéndolo en uno de los hipotéticos “objetos” sólo en el caso, en realidad muy improbable, de que se alegara una violación de los principios supremos, y por lo tanto se invocaran los denominados contralímites.

Esta restrictiva orientación había contribuido a empujar a los jueces ordinarios a lo que ahora podría llamarse el “foro europeo”, en el que poco a poco se han convertido en auténticos protagonistas, gracias al perfeccionamiento de las relaciones con el Tribunal de Justicia, que –también por iniciativa propia– ha potenciado enormemente su papel como jueces (también) de la Unión (piénsese, por citar sólo algunos perfiles, la eficacia reconocida a las directivas, aunque no sean autoejecutables, y el germen de los llamados efectos horizontales, la interpretación comunitariamente conforme las directivas y decisiones-marco y, en algunos casos, de los reglamentos europeos; valoraciones y operaciones que en el pasado parecían ser prerrogativa exclusiva del propio Tribunal de Justicia).

314

Sin poder aludir a un verdadero sincronismo, dado que estas últimas relaciones se establecieron, en conjunto, unos años más tarde que las de la Corte Constitucional, se puede reconocer, sin embargo, un paralelismo: así como nuestra Corte constitucional, en un determinado momento, ha sido artífice de la revalorización de su propia relación con el juez común y del papel central de éste para la interpretación conforme, y por tanto para la aplicación de la Constitución, contribuyendo en este sentido a la “difusión” del control sobre las leyes; así también el Tribunal de Justicia se ha dado cuenta de la contribución esencial de los jueces nacionales para el correcto desarrollo y la aplicación suficientemente homogénea del cada vez más amplio, y en muchos aspectos complejo, Derecho de la Unión. Probablemente hubiera sido poco realista –para ese Tribunal– centrar todo en las cuestiones prejudiciales de interpretación y validez y, por tanto, en este sentido, “centralizar” la lectura del Derecho de la UE, ya que la integración europea (que a su vez depende en gran medida de la aplicación coherente de ese Derecho) requiere la contribución cualificada de todos los tribunales nacionales.

Y, por todo ello, considero importante destacar que las diversas orientaciones –que se remontan a la Corte constitucional que ha

construido un eje con los jueces comunes únicamente para la mejora del derecho interno; excluyéndose de hecho de las cuestiones relativas al derecho europeo, y luego la mencionada por el Tribunal de Justicia— han producido un efecto convergente: fomentar el crecimiento cultural de nuestros jueces, la percepción de su papel como artífices de la completa aplicación del ordenamiento, fomentando las relaciones “a distancia” con Luxemburgo, sobre el derecho de la UE, pero reduciendo inevitablemente las posibilidades de intervención de Roma en ese ámbito. Se trata de un resultado que hay que manejar con cuidado, cuanto más frecuentes son las circunstancias en las que el derecho europeo se injerta en el campo de los principios y derechos, a partir de un determinado momento también con el apoyo de (y el anclaje a) la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

Desde esta perspectiva global, el alcance de las directrices más recientes de la Corte Constitucional se hace más descifrable: primero de apertura hacia una innovadora relación directa con el Tribunal de Justicia³⁴, a través del instrumento de la remisión prejudicial, que antes siempre había evitado utilizar. Posteriormente, de corrección de la denominada doctrina Granital, con las innovadoras directrices de la sentencia nº 269/2017, con las innovadoras directrices de la sentencia nº 269/2017, si bien con el ajuste sabiamente operado con varios pronunciamientos de 2019³⁵, que permiten en todo caso a los jueces evitar las rigideces del pasado, del caso dando preferencia a las cuestiones de constitucionalidad respecto a las que antaño se hubieran llevado inmediatamente a Luxemburgo; a través de la conclusión del caso Tarico, que a su vez vio cómo la Corte realizaba directamente importantes precisiones, evitando

34 Maravillosamente estudiado por ROMBOLI nel saggio *Corte di giustizia e giudici nazionali; il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 431.

35 Como sintetiza eficazmente ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 40, la Corte “afirmó la necesidad, luego rectificada en la oportunidad, de que en el caso de que el juez considere que una ley es al mismo tiempo contraria a la Constitución y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se dé preferencia a la cuestión de constitucionalidad, por el carácter intrínsecamente constitucional de la Carta y por la necesidad/oportunidad de que en estos casos se adopte una decisión con efectos *erga omnes*”.

la solución, aunque abstractamente concebible y que hubiera sido coherente con lo indicado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Taricco II³⁶, de devolver las actuaciones al juez *a quo*.

Parafraseando una vez más al profesor Romboli, estoy totalmente de acuerdo en considerar que la Corte había logrado, en general, “un momento de centralización”³⁷, apuntando a su importante reposicionamiento –evidentemente considerado imprescindible para el equilibrio futuro– en el “campo” de las jurisdicciones, internas y supranacionales, en su conjunto. En cambio, descarto someramente una línea de razonamiento en virtud de la cual el hecho de que nuestra Corte reconozca al juez, en esencia, “la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, tanto antes de la eventual intervención de la Corte Constitucional, como después, sobre todo, obviamente, en el caso de una decisión de falta de fundamentación, e incluso de poder inaplicar, sin límites, la disposición que la Corte Constitucional considere que no contrasta con los principios de la Constitución, ni con los de la Carta de Derechos” (...) parece estar “en evidente contraste con la lógica del carácter centralizado de nuestro modelo de justicia constitucional, que (a su vez) implica que la decisión del juez “especial” debe ser aceptada por la autoridad judicial remitente”: ³⁸en otro orden de cosas, me permito señalar que una apreciación tan tajante quizás no tenga suficientemente en cuenta las peculiaridades del derecho europeo, que el Profesor conoce bien, y que implican una prevalencia del derecho de la UE, originario o derivado y productor de efectos directos, sobre el derecho nacional precisamente para aquellos aspectos (para aquellos “otros perfiles” se podría decir, tomando prestada la expresión de la sentencia n° 269/2017³⁹) respecto de los cuales no se cuestionaban necesariamente los principios (supremos

36 Cfr. Corte di Giustizia, 5 dicembre 2017, C-42/17, párrafos 59 ss., que potencia, claramente, alternativamente, el papel del juez ordinario y del legislador.

37 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 43.

38 R. ROMBOLI, *Il sistema “accentrato”*, cit., 21.

39 R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distruggo un po’)*. In dialogo con il Ruggeri-pensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, in *Consulta on line*, fasc. n. 3/2019, 644, examina críticamente la expresión, luego anulada por la jurisprudencia posterior de 2019.

o constitucionales); imponiéndose, adicionalmente, el significado aplicativo del primero⁴⁰. Por lo tanto, pueden ser descifrados legítimamente y de forma autónoma por el juez nacional, también gracias a cualquier jurisprudencia europea anterior en la materia, dado el alcance general de las sentencias del Tribunal de Justicia⁴¹ (no por casualidad explícitamente y a menudo mencionadas por la Corte Constitucional en términos de *ius superveniens*⁴²), y en cualquier caso en virtud de la obligación de adaptar los ordenamientos nacionales, reconocida desde la Ley n° 86/1989 y también por nuestra propia Corte a partir de la sentencia n° 113/1985⁴³.

No sé hasta qué punto la valoración de Romboli puede verse afectada por una cierta idea de fondo del enjuiciamiento del Tribunal de Justicia, que el Profesor ha expresado varias veces a lo largo de los años, y que yo no comparto del todo, a saber, que se ha ido convirtiendo en un enjuiciamiento sobre el carácter constitucional-comunitario del derecho nacional⁴⁴; que por ende (añado) contribuiría indirectamente a

40 Frente a la “sentencia Cartabia” (269/2017), formulada en términos amplios y referida a la libertad del juez “para inaplicar (...) la disposición legislativa nacional (...) que había superado el control de constitucionalidad, si, por otros aspectos, la consideran contraria al Derecho de la Unión”, es la “ordenanza Viganò” (117/2019) la que da un cambio de ritmo a la jurisprudencia constitucional, donde afirma para el juez común un verdadero “deber –si se dan las condiciones– de no aplicar, en el caso concreto sometido a su examen, la disposición nacional en contraste con los derechos sancionados por la Carta”. Además, esta última posición está en consonancia con la sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-52/16 y C-113/16, que volvió a confirmar la obligación de inaplicación incluso para las normas que han pasado indemnes por el control de un juez constitucional, para no impedir la plena eficacia de las normas de la Unión que producen efectos directos.

41 En el caso de la cuestión prejudicial de interpretación, que, como es sabido, produce efectos vinculantes no sólo para el juez que la solicitó, sino para todos los operadores jurídicos, y se utiliza principalmente, a diferencia de la cuestión prejudicial de validez, que, en cambio, no produce efectos *erga omnes*, debido a la necesidad de coordinación con el recurso *ad hoc* de anulación de actos de Derecho de la UE.

42 Como justamente subraya R. ROMBOLI, *Il sistema “accentrato”*, cit., 26.

43 Cfr. sent. n. 113/185, punto 4 de los fundamentos jurídicos, pronunciamiento significativamente redactado por A. La Pergola bajo la presidencia de L. Elia; reconocimiento que vuelve, además, en la citada sentencia n° 115/2018, al final del asunto Taricco, en el punto 12 de los fundamentos jurídicos, cuando no se trata del principio de determinación en el ámbito penal (y por tanto, de los principios supremos).

44 La tesis tiene un fundamento relevante en la doctrina, y lo tiene desde hace mucho tiempo (pienso en M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune*

socavar los fundamentos del control centralizado de la constitucionalidad, mereciendo así algunas reservas, también por las consecuencias en orden al diálogo con los jueces nacionales, el hábito mental que habrían asumido.

Si, por el modo en que los jueces italianos a veces recurren a Luxemburgo, no se pueden negar algunos intentos, incluso famosos, de privilegiar este canal específico de diálogo, alimentando y tendiendo a agotar en esta sede todo el espectro de posibles problemas exegéticos planteados por la ley indudable (piénsese, por ejemplo, en el caso *Traghetti del Mediterraneo* y en el planteamiento de la cuestión prejudicial que ciertamente puso en medio la ley “Vassalli”⁴⁵. En cambio, me inclino por el tipo de respuestas ofrecidas por el Tribunal de Justicia, habida cuenta de que ha demostrado capacidad para mantenerse principalmente en su propio ámbito de descifrado⁴⁶ y sistematización del Derecho de la Unión Europea, sin pretender que la obligación de que el juez nacional se remita a dicho Derecho pueda servir de base para interpretaciones del Derecho interno *contra legem* (y, por tanto, también a la Constitución)⁴⁷.

Más bien, continuando con la revalorización – diría inevitable – de los principios cardinales del Derecho de la Unión, como los de primacía,

di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale, in *Foro it.*, 1997, V, 222); pero considero que depende de un cierto énfasis en la prejudicialidad de validez (menos significativa en la experiencia europea), y también de una sobrevaloración del significado del requisito de relevancia (necesidad) que creo, más bien, sirve al Tribunal de Justicia para no verse sumergido por cuestiones de interpretación.

45 Recuerdo entre toda la reconstrucción magistral de V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione, e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in U. BRECCIA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *La responsabilità dello Stato*, Conversazioni in Sapienza, Pisa, 2006, 23.

46 A este respecto, conviene releer la sentencia “*Traghetti del Mediterraneo*” (Tribunal de Justicia, 13 de junio de 2006, C-173/03), que es muy diferente de lo que pedía el juez *a quo* en relación con la legislación interna.

47 Como se reconoció expresamente, por ejemplo, en el conocido caso *Dansk Industry*, Tribunal de Justicia, 19 de abril de 2016, C-441/14, apartado 32, en el que también se produjo la reacción del Tribunal Constitucional danés, en el que el Tribunal de Justicia recordó, textualmente, que la obligación del juez nacional de remitirse al Derecho de la UE en la interpretación y aplicación de las normas pertinentes del Derecho interno encuentra un límite en los principios generales del Derecho, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

unidad y efecto directo, que, a su vez, cuando están también en juego los principios constitucionales, pueden plantear problemas; problemas de los que el Tribunal de Justicia parecer ser el primero en tomar consciencia, expresando un deseo de conciliación y no de conflicto⁴⁸, al que podría responder *pro futuro* el enfoque más flexible al que parece haberse convertido nuestra Corte Constitucional, en la relación triangular con el juez ordinario y con el propio Tribunal de Justicia⁴⁹.

5. Una tentativa de lectura global del período cubierto por la justicia constitucional, a la luz de las enseñanzas del profesor Romboli, proclive a un “reposicionamiento” de la Corte y de una (tendencial) “nueva centralización”

Intentaré resumir con la mayor brevedad la situación. Comenzando por el fondo, omitiendo todos los problemas derivados de la aplicación en los juicios ordinarios de las directrices más recientes de la Corte constitucional, que con la superación del modelo Granital está haciendo aflorar⁵⁰, y que sin duda darán lugar a un horizonte interesantísimo de investigación para que los estudiosos del derecho investiguen en los años venideros, en mi opinión, el Profesor comparte lo que, efectivamente, ha sintetizado D. Tega. Es decir, que la anticipación del proceso incidental respecto a la prejudicial comunitaria, aparece ahora como una posible vía, aunque no obligatoria; vía que debe ser preservada en virtud del principio

48 Tengo la impresión de que pronunciamientos de tono “más fuerte”, como el de Melloni o el de Fransson en 2013, han sido tanto más investigados precisamente por esta peculiar característica suya, pasando por alto, además, que el Tribunal de Justicia (por ejemplo, siempre en Fransson y en toda la vertiente posterior de pronunciamientos relativos a la aplicación del principio *ne bis in idem*) no se ha cansado de realzar el papel del juez nacional en la apreciación de la relación de compatibilidad in concreto entre las disposiciones internas y los derechos garantizados por la Carta Europea.

49 Cumpliéndose —me parece— la perspectiva, en su momento clarividente, de A. TIZZANO, *Corte e Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2006, V, 347. Di recente, sul tema, ottimo il contributo di F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 12/2020, 104.

50 Vgr. M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2020, 305.

que sitúa el control centralizado de la legitimidad constitucional en la base de la arquitectura constitucional⁵¹.

Este último principio, claramente evocado en la sentencia n. 269/2017, y del que Romboli –también sobre la base de algunas otras sugerencias doctrinales– discute desde hace algunos años la colocación más idónea, incluso entre los contralímites⁵², demuestra por lo tanto todo menos haber agotado o en todo caso atenuado su valor, decisivo para la fisonomía que debe reconocerse al propio Corte; apareciendo tal vez incluso un creciente temor, en los magistrados constitucionales, de la progresiva “privación” de su misión de garantizar los principios y derechos constitucionales en beneficio del Tribunal de Justicia.

En una perspectiva, por tanto, también conservadora de las prerrogativas de nuestra Corte, creo que debe leerse la provocadora propuesta de transformación del modelo de justicia constitucional italiana de mixto a dual, planteada hace unos años por Romboli en las jornadas ítalo-españolas-brasileñas celebradas en Barcelona⁵³; es decir, que situaría al juez ordinario –ante un supuesto conflicto entre ley o acto con fuerza de ley nacional respecto de la Constitución, al CEDH o al Derecho de la UE– siempre en la alternativa entre la inaplicación y el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional: de manera que se asegure siempre a éste “un papel fundamental de conexión a nivel interno en lo que se refiere a la interpretación de la Constitución y de la ley a la luz de la misma y, sobre todo, de interlocutor activo y privilegiado frente a los Tribunales Europeos”. Además, cuando se formuló esta propuesta, fue en un momento en el que la cuestión prejudicial de la propia Corte había dado su primer paso, casi bajo cuerda (por la ausencia casi total de motivación del auto n° 207/2013). Actualmente el Profesor, al igual que la propia Corte por boca de los presidentes o miembros

51 D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 244, haciendo las aclaraciones oportunas.

52 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 37.

53 R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, poi pubblicato in *Foumcostituzionale.it*.

cualificados⁵⁴, muestra su confianza en el instrumento, en su capacidad para restituir la “pulcritud” al procedimiento incidental y para reintroducir a la Corte en el circuito jurisprudencial de tutela de derechos del que, también sin culpa suya, corría el riesgo de quedar excluida⁵⁵.

Y así, colocando esta pieza junto a las demás que he considerado en este trabajo –desde el replanteamiento de los requisitos para la instauración del juicio, sin falta de fundamentación manifiesta *in primis*, hasta la mayor modulación de las técnicas decisionales– surge una Corte que vuelve a reposicionarse en el terreno de las jurisdicciones, y que ciertamente ya no evocaría, por ejemplo, el “principio de control difuso de constitucionalidad”, reprochando a los jueces su desatención, como hizo el Presidente F. Bile en un encuentro con la prensa en febrero de 2008.

En otras palabras, la trayectoria de la jurisprudencia constitucional, que ha sido fructífera “hacia el interior” –y que ha llevado a excelentes relaciones con todos los jueces y con la Corte de Casación en particular⁵⁶, a la vez que ha empujado a la Corte Constitucional hacia una progresiva y mayor expansión de su función de “juez de derechos” con respecto a la de “juez de leyes”⁵⁷– pero estéril en el contexto europeo (debido a la falta de diálogo con el Tribunal de Luxemburgo, que ha construido sus relaciones con los jueces ordinarios en solitario) parece haber terminado; o, al menos, ha generado el impulso hacia una fase diferente, cuyas connotaciones

54 I. MASSA PINTO, Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro, Nápoles, 2020, 123, recuerda el informe anual del presidente G. Lattanzi para el año 2018; pero cómo no mencionar, por ejemplo, ya A. BARBERA, La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia, en RivistaAIC.it, fasc. n. 4/2017, o los últimos podcasts de la Presidenta M. Cartabia, tanto para el informe de 2019 como el dedicado más específicamente a Europa, en los que se insiste en la idea de la cooperación interjurisdiccional en la protección de los derechos fundamentales y se hace referencia a la referencia preliminar como instrumento esencial para construir tradiciones constitucionales comunes en toda Europa bajo la bandera de una garantía cada vez más fuerte de los derechos de los ciudadanos.

55 R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 40.

56 Recuérdese, en este sentido, la afirmación vertida en Cassazione penale a sezioni unite, 16 dicembre 1998, in *Giur. cost.*, 1999, 1402.

57 También R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, cit., 122.

están todavía en parte por aclarar, en un reto cultural que Romboli está asumiendo sin duda.

Tengo la impresión de que nos encontramos ante una fase extremadamente compleja de valorar, por lo que me inclinaría a indicar una “nueva centralización” [juntando otras sugerencias, como las que provienen también de otros instrumentos utilizados en el juicio incidental o de las decisiones generales que está tomando la Corte, prestando mucha atención también a las actividades institucionales “no funcionales” (la Corte que sale del Palacio, la Corte que incentiva los comunicados de prensa, la Corte que asume incluso un papel didáctico viajando a las escuelas)], aunque sólo “tendencial”: el espacio concedido al juez (a todos los demás jueces) se ha vuelto probablemente más elástico, pero no insignificante. Por el contrario, la Corte sigue necesitando “excelentes relaciones”, un “frente” común en el que situarse firmemente, para jugar de la mejor manera posible su propio juego con el legislador, en el que, como es sabido, está experimentando nuevas soluciones (el aplazamiento del tratamiento, en lugar de las rimas “adecuadas”) o soluciones revisadas (la advertencia mucho más incisiva, la modulación de los efectos temporales), con repercusiones no despreciables en el juicio *a quo*. Sin duda, la Corte está manejando un notable arsenal, que implica una gran responsabilidad, y carga, incluso para la doctrina.

Si estamos en presencia de una nueva temporada, es ciertamente demasiado pronto para restituir las palabras clave, pero no dudo de que Romboli sabrá encontrarlas: al igual que en el pasado, mirando a Roma y Luxemburgo, nos ha dado, poco a poco en sus escritos, dos sugerencias (la transformación de la cuestión de constitucionalidad en una cuestión de interpretación, y la transformación de la prejudicial de interpretación en una cuestión comunitaria) que, juntas, han funcionado bien para explicarnos cuál era la tendencia “hacia una mayor “difusión””. Sin duda, podrá contribuir al estudio de la época actual de forma igualmente original y eficaz.

La acción de inconstitucionalidad contra los tratados en el Perú

Reflexiones desde el Derecho Internacional

✍ ELVIRA MÉNDEZ CHANG*

*En homenaje al profesor Roberto Romboli,
maestro, jurista y constante promotor de espacios
de diálogo e investigación sobre la cultura constitucional
entre Europa y América Latina*

1. Introducción

La Constitución Política del Perú de 1993 trajo como novedad la acción de inconstitucionalidad contra un tratado, garantía constitucional que no tiene un antecedente en las constituciones anteriores. Su finalidad es que el Tribunal Constitucional lleve a cabo un control concentrado *ex post* de un tratado celebrado por el Estado peruano. Sin embargo, esta acción plantea varios problemas que requieren respuestas que también tengan en consideración al Derecho Internacional.

323

Con el objetivo de realizar un aporte a la discusión jurídica sobre esta acción de inconstitucionalidad, se abordarán las siguientes preguntas: ¿Contra qué tratados procede la demanda de inconstitucionalidad y cuál es el plazo para presentarla? ¿Qué consecuencias jurídicas internacionales tiene la sentencia del Tribunal Constitucional que declara fundada la inconstitucionalidad de todo o parte de un tratado? Para darles respuestas, se argumentará que la demanda de inconstitucionalidad procede contra los tratados celebrados por el Perú (requieran o no la aprobación del Congreso) que se encuentran en vigor y tienen rango de ley, sin que

* Profesora principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Directora del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

su publicación en el Diario Oficial El Peruano sea un requisito para su vigencia. El plazo para presentar esa demanda debe contarse desde la fecha de entrada en vigor del tratado (que le da plena vigencia y lo incorpora al derecho interno), no desde la fecha de su publicación. Como la sentencia que declare la inconstitucionalidad de todo o alguna disposición de un tratado dejará sus normas sin efecto en el derecho interno, el Perú incurrirá en responsabilidad internacional por incumplir sus obligaciones internacionales.

Para fundamentar estas respuestas, se utilizarán las normas del derecho interno, el Derecho Internacional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina; no obstante, hasta el momento no hay una sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de un tratado. Además, se analizará la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, la Convención de Viena de 1969) que está en vigor para el Perú desde el año 2000. Sin embargo, es menester precisar que no se abordarán los aspectos procesales constitucionales ni otros temas que no estén directamente relacionados con los problemas jurídicos planteados.

2. La acción de inconstitucionalidad contra un tratado como *control ex post*

En el Perú, la celebración de los tratados es una atribución que corresponde al Presidente de la República (en adelante, el Presidente), quien representa al Estado, dirige la política exterior y está facultado para expresar el consentimiento del Perú en obligarse por este acuerdo internacional. El ejercicio de las atribuciones del Presidente para la celebración de los tratados está sometido al control *ex ante* (respecto a los tratados solemnes) y al *ex post* (sobre los simplificados) del Congreso de la República (en adelante, el Congreso).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, órgano autónomo e independiente (artículo 201 de la Constitución de 1993), ejerce un control concentrado *ex post* (MONTROYA CHÁVEZ & al., 2015, pp. 110-111) o represivo sobre los tratados celebrados por el Perú (Fundamento 17 de la Resolución en el Exp. N° 0018-2009-PI/TC del 23 de marzo de

2010; Fundamento 8 de la Sentencia en el Exp. N° 00021-2010-AI/TC del 20 de marzo de 2012) a través de la acción de inconstitucionalidad, que fue establecida por primera vez contra los tratados en el artículo 200 numeral 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución de 1993): “Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, ... tratados, ... normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. [...]”.

La acción de inconstitucionalidad es un “mecanismo procesal-constitucional para el control normativo «abstracto» de la constitucionalidad” (BRAGE CAMAZANO, 2014, p. 208), cuyo antecedente se encuentra en la Constitución Política del Perú de 1979 (en adelante, la Constitución de 1979). Si bien su artículo 298 estableció esta acción, solamente procedía contra las normas con rango de ley del derecho interno, no respecto a los tratados. Por su parte, la Constitución de 1993 ha establecido que procede una demanda de inconstitucionalidad contra un tratado para evaluar la adecuación de sus disposiciones materiales a las normas constitucionales, así como la observancia de los límites formales establecidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad (MONTROYA CHÁVEZ & al., 2015, p. 112). El Tribunal Constitucional es competente para conocer el proceso de inconstitucionalidad en única instancia. Para que proceda una demanda de inconstitucionalidad contra un tratado, será necesario que el Estado haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, éste se encuentre en vigor y sea parte del derecho interno de conformidad con el artículo 55 de la Constitución de 1993. Los efectos de una sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de todo o unas disposiciones de un tratado se producirán en el derecho interno, pero tendrán consecuencias jurídicas en el Derecho Internacional.

La Ley N° 28237 (publicada el 31 de mayo de 2004) promulgó el Código Procesal Constitucional que desarrolla lo referido a la procedencia, procedimiento y efectos de la acción de inconstitucionalidad contra un tratado y la denominó proceso de inconstitucionalidad (artículo 75),

cuya finalidad es defender a la Constitución frente a contravenciones de forma o fondo. Sobre la demanda de inconstitucionalidad, se mencionó que procede contra “tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución” (artículo 77), aunque esta precisión era innecesaria, como se verá más adelante.

En atención a lo establecido por la Constitución de 1993 y el Código Procesal Constitucional, pareciera que la acción de inconstitucionalidad procede contra todos los tratados celebrados por el Perú; sin embargo, es menester hacer algunas precisiones.

3. Los tratados contra los que se puede accionar

Para poder determinar contra qué tratados procede la acción de inconstitucionalidad en el Perú, se analizarán los siguientes temas: el tratado como fuente del Derecho Internacional; el término “tratado”, que se emplea de manera general y uniforme en la Constitución de 1993; los tratados solemnes (que requieren aprobación del Congreso antes de la ratificación del Presidente) y los simplificados (que no necesitan la aprobación del Poder Legislativo); cómo y cuándo los tratados forman parte del derecho interno y cuál es su rango en el derecho peruano.

326

3.1. El tratado está regulado por el Derecho Internacional

El tratado es una fuente formal primaria del Derecho Internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia porque es un mecanismo para la creación de normas internacionales (NEGRO ALVARADO, 2020, p. 206) y la codificación de aquellas no escritas (DIEZ DE VELASCO, 2013, p.161). El tratado está regulado por el Derecho Internacional y su naturaleza jurídica es distinta a una norma interna.

En el Derecho Internacional, el término general para referirse a los acuerdos que establecen derechos y obligaciones internacionales es “tratado”, aunque se encuentran otras denominaciones y clasificaciones en la práctica internacional (BRÖLMANN, 2005, pp. 387-388; KOLB, 2016, p. 24; CASSESE, 2001, p. 126; MEZARINA GARCÍA & ROSALES ZAMORA, 2019, p. 379; NOVAK TALAVERA, 1994,

pp. 72-73). A nivel convencional, el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena de 1969 brinda una definición de tratado: “1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular [...]”. Por su ámbito de aplicación, la definición de la Convención de Viena de 1969 se limita a los tratados escritos celebrados entre los Estados; no obstante, no afecta el valor jurídico de otros acuerdos internacionales según su artículo 3. A nivel doctrinario, el tratado es un acuerdo entre dos o más sujetos de Derecho Internacional (como los Estados y las organizaciones internacionales) que tiene efectos jurídicos internacionales y está regulado por el Derecho Internacional (DIEZ DE VELASCO, 2013, p. 162; KLABBERS, 1996, pp. 38-39; KOLB, 2016, p. 16; NOVAK TALAVERA, 1994, p. 72); expresa los intereses de las partes (SACO CHUNG, 2008, p. 236) y la política exterior del Estado (MAÚRTUA DE ROMANA, 1995, p. 21). En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que el tratado es un acuerdo regulado por el Derecho Internacional y una fuente normativa con características especiales (Fundamentos 18 y 19 de la Sentencia en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006).

El proceso de celebración de un tratado es complejo y cuenta con varias fases, algunas de las cuales están reguladas por el Derecho Internacional (como la negociación, la adopción y la entrada en vigor). La fase en la que se forma el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado está regulada por el derecho interno, que establece las competencias y procedimientos correspondientes. Durante estas fases, el Estado asume obligaciones internacionales que debe cumplir: actuar de buena fe y no realizar un acto ni omisión que lleve a frustrar el objeto y fin del tratado (artículo 18 de la Convención de Viena de 1969) hasta su entrada en vigor del tratado. Cuando el tratado esté en vigor, el Estado deberá cumplirlo de buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969) o *pacta sunt servanda* (BENAVIDES-CASALS, 2016, p. 30; DIEZ DE VELASCO, 2003, p. 201), y no podrá justificar su incumplimiento por normas de su derecho interno por el principio de primacía del Derecho

Internacional (DIEZ DE VELASCO, 2003, p. 201; NEGRO ALVARADO, 2020, p. 202; VILLIGER, 2009, pp. 371-375) que se encuentra en artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

Si bien el tratado está regulado por el Derecho Internacional, nuestra constitución también tiene disposiciones que se le aplican en el Perú.

3.2. El tratado como término general en la Constitución Política del Perú de 1993

El término general utilizado en la Constitución de 1993 es el “tratado”, lo cual resulta adecuado porque ésta es la denominación que se emplea en el Derecho Internacional.

En la Constitución de 1979, se utilizaron dos términos: tratado y convenio, que no fueron considerados sinónimos (MÉNDEZ CHANG, 1999, p. 24). Su denominación dependía del procedimiento interno utilizado para la formación del consentimiento del Estado que, a su vez, se diferenciaba en función a las materias abordadas en sus disposiciones. El “tratado” fue empleado para referirse al acuerdo internacional celebrado con la aprobación previa del Congreso y la ratificación del Presidente (artículo 101 de la Constitución de 1979), mientras que “convenio” era el que solamente requería la ratificación del Presidente (artículo 104 de la Constitución de 1979). Esta clasificación tuvo en consideración lo planteado por Andrés Aramburú Menchaca en la Asamblea Constituyente de 1978 (Lanyi del Águila y Ramírez Bardales, 1991, p. 394).

A diferencia de la Constitución de 1979, en la Constitución de 1993 se ha empleado “tratado” de manera general y uniforme para hacer referencia al acuerdo internacional que es fuente formal del Derecho Internacional (MÉNDEZ CHANG, 1999, p. 79). El artículo 200 numeral 4 de la Constitución de 1993 también se refiere a los tratados en general, sin hacer una diferencia en función al procedimiento interno para la formación del consentimiento. No obstante, hay dos disposiciones en las que se mencionan los convenios y los acuerdos internacionales, además de los tratados. La primera es el artículo 205 de la Constitución de 1993 señala lo siguiente: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a

los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.” Si la mención de los “tratados y convenios” alude a la clasificación de la Constitución de 1979, ahora resulta redundante porque el convenio es un tratado. Además, como el artículo 205 aborda los derechos humanos y la soberanía (materias en la lista del artículo 56 de la Constitución de 1993), debía referirse a un tratado solemne que requiere la aprobación previa del Congreso, no uno simplificado. La segunda es la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que señaló: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” En la medida que el tratado es un acuerdo internacional (NOVAK TALAVERA, 1998, p. 252), mencionarlos conjuntamente resulta redundante e innecesario.

Por lo anteriormente mencionado, se puede afirmar que en la Constitución de 1993 utiliza el “tratado” como término general y uniforme, independientemente de la denominación específica de cada acuerdo internacional o del procedimiento interno.

329

En los siguientes puntos, se analizarán los procedimientos establecidos en el derecho interno para la formación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado y se determinará si éstos tienen alguna consecuencia en la procedencia de la demanda de inconstitucionalidad contra un tratado.

3.3. Los tratados aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente

En el proceso de celebración de un tratado, la fase correspondiente a la formación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado depende de su derecho interno. La Constitución de 1993 establece dos procedimientos: uno formal, en el que participan el Congreso y el Presidente, y otro simplificado (NOVAK & GARCÍA CORROCHANO, 2016, p. 547), lo cual fue afirmado en el Fundamento 8 de la Resolución del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0018-2009-PI/TC del 23 de marzo de 2010.

El procedimiento formal o solemne cuenta con la participación sucesiva de los poderes Legislativo y Ejecutivo para la formación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado: se requiere contar con la aprobación del Congreso antes de la ratificación por el Presidente (artículo 56 de la Constitución de 1993). Un tratado celebrado por este procedimiento es llamado solemne, formal o complejo (NOVAK TALLAVERA, 1994, p. 81), pero no tiene *a priori* una jerarquía mayor o naturaleza jurídica internacional distinta a aquél concluido sin esta aprobación. Se aplicará el procedimiento solemne cuando las disposiciones de un tratado versen sobre alguna de las materias establecidas en el artículo 56 de la Constitución de 1993:

“Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.”

A diferencia del artículo 102 de la Constitución de 1979, el artículo 56 de la Constitución de 1993 establece una lista positiva y taxativa de materias (ABUGATTÁS, 2019, p. 216; CORONADO, 1999, p. 124; GARCÍA CORROCHANO, 2013, pp. 102-103). Estas materias no requieren estar mencionadas en la denominación del tratado y será suficiente que alguna de sus disposiciones verse sobre una de ellas para que sea necesaria la aprobación del Congreso. Al respecto, el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de América de 2006 (en adelante, TLC Perú-Estados Unidos) debió ser aprobado por el Congreso antes de su ratificación porque, pese a

referirse principalmente al comercio internacional y las inversiones, su artículo 17.2 contiene disposiciones sobre derechos laborales, como la libertad de asociación y la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la ocupación, que corresponden a la materia “derechos humanos”. Asimismo, como el Poder Ejecutivo es competente para la calificación del tratado (GARCÍA CORROCHANO, 2013, p. 103), podrá enviar para la aprobación del Congreso un tratado cuyas disposiciones no versen sobre las materias señaladas en el artículo 56 de la Constitución de 1993 cuando considere que es importante contar con su participación en la formación del consentimiento del Estado para obligarse por este tratado.

La aprobación de los tratados es una atribución del Congreso (artículo 102 numeral 3 de la Constitución de 1993) que le permite ejercer un control *ex ante* o preventivo de las atribuciones del Presidente para celebrar un tratado (MÉNDEZ CHANG, 2016, p. 362), las que se encuentran en el artículo 118 numeral 11 de la Constitución de 1993: “Corresponde al Presidente de la República: [...] Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados.” Es importante resaltar que es un mecanismo de control *ex ante* porque el Perú aún no ha manifestado su consentimiento en obligarse por un tratado. Además, la aprobación de un tratado se refiere a todas sus disposiciones; es decir, el Congreso no podrá aprobarlo parcialmente porque el tratado es entendido como una unidad. Mientras el Congreso no haya decidido si aprueba o no el tratado, el Perú deberá actuar de buena fe y abstenerse de realizar cualquier acto que vaya a frustrar el objeto y fin del tratado (artículo 18 de la Convención de Viena de 1969). Si el Congreso no aprueba el tratado, el Presidente no podrá ratificarlo y deberá informarlo a los demás sujetos de Derecho Internacional con los que lo celebró; si lo aprueba, el Presidente podrá ratificarlo.

Cuando el Congreso toma la decisión de aprobar o no un tratado, ejerce también esta atribución: “Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes ...” (artículo 102 numeral 2 de la Constitución de 1993). Por ello, el Poder Legislativo debe revisar el texto del tratado y verificar que sus disposiciones no contravengan ni estén en conflicto con las normas constitucionales o las leyes, ni resulten incompatibles con las obligaciones

internacionales que ha contraído el Perú (NOVAK TALAVERA, 1998, p. 259). Si alguna disposición del tratado va en contra de una norma con rango de ley, el Congreso podrá aprobarlo y deberá tomar las medidas legislativas necesarias para que no subsista esta contravención cuando el tratado entre en vigor. Si alguna de las disposiciones de un tratado contraviene o entra en conflicto con una norma constitucional, las opciones son las siguientes:

- a) El Congreso decida no aprobar el tratado que contraviene la norma constitucional y, en consecuencia, no podrá ser ratificado por el Presidente.
- b) El Congreso decida aprobar el tratado y lleve a cabo la reforma constitucional del artículo o artículos correspondientes para que se elimine esta contravención (FERNÁNDEZ MALDONADO, C., 1990, p. 367) de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la Constitución de 1993: “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso ... Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. [...]” Con esta reforma, se adecúa el artículo o los artículos de la Constitución de 1993 a lo dispuesto por el tratado para que no haya el conflicto entre sus normas cuando éste entre en vigor. No obstante, podría resultar inconveniente haber modificado las normas constitucionales si es que el tratado no entra en vigor, ya que esto último dependerá del cumplimiento de las condiciones establecidas en sus disposiciones o en el Derecho Internacional.
- c) El Congreso apruebe el tratado según lo establecido por el artículo 57 de la Constitución de 1993: “[...] Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. [...]”. Éste es un supuesto distinto al anterior y su antecedente se encuentra en el artículo 103 de la Constitución de 1979, que tiene un texto similar a este artículo 57. Esta aprobación

especial se realizará con una votación calificada en dos legislaturas sucesivas en aplicación del artículo 206 de la Constitución vigente y el tratado contará con una “habilitación legislativa” (Fundamento 20 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006). Sin embargo, esta aprobación especial no producirá la reforma de las normas constitucionales. De este modo, se soluciona de manera adecuada y ventajosa la contravención de la norma constitucional por el tratado (ABUGATTÁS, 2019, p. 241; FERNÁNDEZ MALDONADO, C., 1990, p. 368; NOVAK TALAVERA, 1994, p. 88): las normas constitucionales seguirán vigentes sin reforma o modificación, aunque no se aplicarán a los supuestos regulados por el tratado cuando entre en vigor.

La aprobación de un tratado por parte del Congreso se expresa a través de una resolución legislativa según el artículo 2 de la Ley N° 26647 que regula actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano (publicada el 28 de junio de 1996) que señala lo siguiente: “La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.” Ésta es comunicada al Presidente para su promulgación y publicación con un número correlativo a las leyes en el Diario Oficial El Peruano. Como la Ley N° 26647 no establece un plazo para que la resolución legislativa que aprueba un tratado sea promulgada y publicada, éste varía en la experiencia peruana (MÉNDEZ CHANG, 2016, pp. 367-368).

Cuando el Congreso da una resolución legislativa en la que consta la aprobación de un tratado, ejerce la atribución establecida en el artículo 102 numeral 1 de la Constitución de 1993, aunque ésta no es *strictu sensu* una ley porque no tiene carácter general. Al respecto, Rubio Correa sostiene que las resoluciones legislativas se emplean para expresar las decisiones de carácter individual (1999, p. 156), como la aprobación del Congreso de un determinado tratado (FERNÁNDEZ MALDONADO, C., 1990, p. 344). Por ejemplo, la Resolución Legislativa N° 28766 (publicada el

29 de junio de 2006) señaló en su Artículo único: “Apruébase el “Acuerdo de Promoción Comercial Perú- Estados Unidos” suscrito en la ciudad de Washington, distrito de Columbia, Estados Unidos de América, el 12 de abril de 2006, de conformidad con los artículos 56° y 102° –inciso 3– de la Constitución Política del Perú.” De este modo, se expresó la decisión del Congreso respecto al TLC Perú-Estados Unidos, tratado que marcó un hito importante en el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales del Perú. La fórmula utilizada en la Resolución Legislativa N° 28766 se reproduce en aquellas que aprueban tratados, como la Resolución Legislativa N° 31090 (publicada el 17 de diciembre de 2020) que aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Pese a que la resolución legislativa no se encuentra en la lista de las normas con rango de ley del artículo 200 numeral 4 de la Constitución de 1993, tiene este rango porque la emite el Congreso en ejercicio de sus atribuciones (NOVAK TALAVERA, 1998, pp. 259-260). Asimismo, el Tribunal Constitucional determinó correctamente cuál era la naturaleza y rango de las resoluciones legislativas: “Se trata de actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreto. Representan la excepción a la característica de generalidad de la ley. Tienen rango de ley porque el inciso 1.° del artículo 102.° de la Constitución y el artículo 4.° del Reglamento del Congreso le confieren implícitamente una jerarquía homóloga a la ley” (Fundamento 17 de la Sentencia en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC), lo que fue reiterado en el Fundamento 5 de la Resolución en el Exp. N° 0018-2009-PI/TC del 23 de marzo de 2010.

En conclusión, el tratado aprobado por el Congreso y ratificado por el Presidente es un tratado solemne. Esta aprobación tiene como finalidad el control *ex ante* de los tratados y es necesaria cuando las disposiciones de un tratado versen sobre las materias establecidas en el artículo 56 de la Constitución de 1993. La aprobación previa del Congreso busca garantizar que las disposiciones del tratado sean conformes al ordenamiento interno peruano y se realiza a través de una resolución legislativa que es publicada en el Diario Oficial El Peruano.

3.4. Los tratados ratificados por el Presidente sin la aprobación previa del Congreso

Para la formación del consentimiento del Estado en el ámbito interno, el Perú cuenta con una vía simplificada en la que interviene el Presidente, quien ratifica el tratado, y no se requiere la aprobación del Congreso. Un tratado celebrado por este procedimiento es llamado simplificado o ejecutivo.

La atribución del Presidente para celebrar y ratificar los tratados se encuentra en los artículos 57 y 118 numeral 11 de la Constitución de 1993. Por ello, la participación en el proceso de celebración de los tratados a nivel internacional y la manifestación del consentimiento del Perú en obligarse por un tratado a través de la ratificación son de competencia del Presidente (MAÚRTUA DE ROMANA, 1995, pp. 17-18), no del Congreso.

En cuanto a cuáles son los tratados en los que no se requiere aprobación previa del Congreso, el artículo 57 de la Constitución de 1993 establece lo siguiente: “El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el Artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. [...]” Este artículo es una “cláusula residual” (Fundamento 75 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00002-2009-PI/TC del 5 de febrero de 2010) porque, sin aprobación del Congreso, el Presidente podrá ratificar los tratados cuyas materias no estén en la lista del artículo 56 de la Constitución de 1993, como las que son del “dominio propio del Poder Ejecutivo” (LANDA, 2004, p. 121) o las administrativas, que versen sobre los aranceles, las visas y el comercio de bienes y servicios, por ejemplo (NOVAK TALAVERA, 1998, p. 263).

Cuando se ratifique un tratado por el procedimiento simplificado, el Presidente debe dar cuenta al Congreso y el Poder Legislativo realizará el control *ex post* sobre las atribuciones del Presidente para la celebración de estos tratados (FERNÁNDEZ MALDONADO, C., 1990, p. 344). A diferencia de lo que sucede con la aprobación (control *ex ante*),

el Congreso lo ejercerá después que el Presidente manifestó el consentimiento del Estado peruano en obligarse por un tratado. Además, si se exteriorizó este consentimiento y se cumple lo dispuesto en el Derecho Internacional, el tratado podría haber entrado en vigor y su cumplimiento ser exigible para el Perú antes del ejercicio del control parlamentario.

El control *ex post* que ejerce el Congreso sobre los tratados celebrados en forma simplificada ha sido regulado en nuestro derecho interno (GARCÍA CORROCHANO, 2013, p. 104; LANDA, 2004, p. 122; MÉNDEZ CHANG, 1999, pp. 62-63). Durante la vigencia de la Constitución de 1979, se promulgó la Ley N° 25397 de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente (publicada el 2 de febrero de 1992), cuyos artículos 30 al 34 se referían al trámite de dar cuenta de los tratados celebrados por el Presidente en forma simplificada. Sin embargo, esta ley tuvo varias críticas porque, como resultado del control *ex post*, el Congreso podría aprobar una resolución legislativa que dejara sin efecto al tratado y ello daría lugar a la responsabilidad internacional del Perú por incumplir sus obligaciones internacionales (DELGADO GUEMBES, 1995, p. 297). Como la Ley N° 25397 no fue derogada con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, fue necesaria su adecuación para no desnaturalizar lo que significaba “dar cuenta” en el artículo 57 de nuestra Carta Magna (MÉNDEZ CHANG, 1999, pp. 83-93). Actualmente, la Ley N° 25397 tampoco se encuentra derogada, pero resulta inaplicable a los tratados celebrados en forma simplificada por la Ley N° 26647 y el Reglamento del Congreso.

El artículo 92 del Reglamento del Congreso establece el trámite de dar cuenta por parte del Presidente y el procedimiento de control *ex post* sobre los tratados simplificados, así como sus efectos. En cuanto al trámite de dar cuenta, no consiste en una simple notificación (Méndez Chang, 1999, pp. 86-88). Además, si el Presidente omite llevarlo a cabo, se suspenderá la aplicación del tratado en el ámbito interno. No obstante, si el tratado está en vigor y se incumple por esta suspensión, el Perú incurrirá en responsabilidad internacional. Con relación al procedimiento de control *ex post*, el tratado será enviado a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores para que emitan sus respectivos dictámenes. Si estas

comisiones recomiendan dejar sin efecto el tratado y el Pleno del Congreso lo aprueba, emitirá una resolución legislativa por la que el tratado dejará de estar vigente en el derecho interno después que ésta sea publicada. Como se señaló respecto a la Ley N° 25397, los efectos de esta resolución legislativa harán que el Estado incurra en responsabilidad internacional porque, como el tratado continúa en vigor en el Derecho Internacional, su cumplimiento es exigible al Estado peruano (*pacta sunt servanda*).

Con la ratificación, el Presidente manifiesta el consentimiento del Perú en obligarse por un tratado y se expresa a través de un decreto supremo según el artículo 2 de la Ley N° 26647: “[...] Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 57 de la Constitución. [...]”. El decreto supremo que ratifica un tratado usa una fórmula, sea que se trate de un tratado que requiera la aprobación previa del Congreso o no, como se apreciará en estos ejemplos: el Decreto Supremo N° 030-2006-RE (publicado el 30 de junio de 2006) expresó la ratificación del TLC Perú-Estados Unidos por el Presidente de la siguiente manera: “Artículo 1.- Ratifíquese el “Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos”, suscrito el 12 de abril de 2006, en la ciudad de Washington, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28766 de 28 de junio de 2006.” Como el TLC Perú-Estados Unidos contenía disposiciones referidas a materias del artículo 56 de la Constitución de 1993, requirió la aprobación del Congreso antes de su ratificación. Otro ejemplo corresponde a un tratado celebrado en forma simplificada: el Decreto Supremo N° 092-2009-RE (publicado el 6 de diciembre de 2009) ratificó el Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China (en adelante, TLC Perú-China): “Artículo 1.- Ratifícase el “Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China” suscrito el 18 de abril de 2009, en la ciudad de Beijing, República Popular China.” A diferencia de la ratificación del tratado celebrado por la vía formal o solemne, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 092-2009-RE dispone que se dé cuenta al Congreso para el control parlamentario

correspondiente, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 57 de la Constitución de 1993.

Los tratados celebrados de forma simplificada han recibido varias denominaciones en el derecho interno. Durante la vigencia de la Constitución de 1979, el artículo 27 de la Ley N° 25397 estableció lo siguiente: “Los convenios internacionales que celebre o ratifica y adhiere al Presidente de la República al amparo del artículo 104° de la Constitución Política se denominan “Convenios Internacionales Ejecutivos” para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se exprese ...”. De este modo, se les distinguió de los tratados solemnes en los que se daba la aprobación previa del Congreso para subrayar que estos convenios se referían a materias de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. Esta norma ha sido reemplazada por el artículo 92 del Reglamento del Congreso: “Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan “Tratados Internacionales Ejecutivos” para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen ...”. Esta última denominación resulta más adecuada porque, de un lado, se emplea al término tratado, que es general y se refiere a esa fuente del Derecho Internacional; y, de otro lado, se reitera su carácter ejecutivo por las materias que aborda. No obstante, como correctamente se señala en el artículo 92, esta denominación será aplicable solamente en el derecho interno porque no modifica el nombre oficial del tratado ni sus efectos internacionales.

En conclusión, cuando un tratado no contenga materias de la lista del artículo 56 de la Constitución de 1993, se celebrará de manera simplificada porque no requiere la aprobación previa del Congreso para su ratificación por el Presidente. En nuestro derecho interno, será llamado “tratado internacional ejecutivo” aunque esta denominación no tenga efectos en el Derecho Internacional. La ratificación se realiza a través de un decreto supremo que es publicado en el Diario Oficial El Peruano.

3.5. Los tratados que forman parte del derecho peruano

En los puntos anteriores, se abordaron los procedimientos establecidos en la Constitución de 1993 para la formación del consentimiento del Estado, los que se diferencian en función a las materias abordadas en el tratado. Sin embargo, concluir el procedimiento interno no resulta suficiente para que proceda la demanda de inconstitucionalidad contra un tratado; es necesario que sea parte del nuestro derecho interno, lo cual depende de lo señalado en la Constitución.

Establecer cuál es la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno es un tema complejo porque no hay una norma internacional que la regule. Si bien se encuentran varias teorías en la doctrina (ACOSTA ALVARADO, 2016, pp. 17-34; BROWNLIE, 2002, pp. 31-34; CASSESE, 2001, pp. 162-165; DIEZ DE VELASCO, 2013, p. 247; LOAYZA TAMAYO, 2014, p. 28; NEGRO ALVARADO, 2020, pp. 210-213; NOVAK & GARCÍA CORROCHANO, 2016, pp. 535-545; ULFSTEIN, 2012, p. 581) como el monismo, el dualismo y las conciliadoras, se debe tener en cuenta lo establecido por cada Estado.

339

El Perú ha asumido el monismo en el artículo 55 de la Constitución de 1993 porque “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” Su antecedente es el artículo 101 de la Constitución de 1979. Por esta posición monista, el Derecho Internacional y el derecho interno forman un solo ordenamiento jurídico; en consecuencia, las normas internacionales tienen aplicación inmediata en el ámbito interno y, por ello, el tratado se incorpora al derecho peruano sin requerir una transformación (ABUGATTAS GIADALAH, 2006, p. 446; ACOSTA ALVARADO, 2016, p. 19; CASSESE, 2001, p. 164; DIEZ DE VELASCO, 2013, p. 247; NEGRO ALVARADO, 2020, p. 212; NOVAK & GARCÍA CORROCHANO, 2016, p. 546; SALMÓN, 2003, p. 152). Además, la posición monista del Estado peruano es moderada porque, cuando existan conflictos entre las normas internacionales y las normas internas, prevalecerá la norma internacional; pero no se afectará la validez de la norma interna porque seguirá vigente, aunque será inaplicable. Por ello, la norma internacional no produce una derogación de la norma interna que la contraviene (FERNÁNDEZ

MALDONADO, C., 1990, p. 354; NEGRO ALVARADO, 2020, p. 212; NOVAK & GARCÍA CORROCHANO, 2016, p. 539-540).

El artículo 55 de la Constitución de 1993 establece dos requisitos copulativos para que un tratado sea parte del derecho interno: que sea celebrado por el Estado y esté en vigor. El primer requisito es que el tratado haya sido celebrado por el Perú. Esto significa que se ha concluido el procedimiento interno correspondiente, de conformidad con los artículos 56 y 57 de la Constitución de 1993, y la manifestación del consentimiento de obligarse por un tratado se ha dado con la ratificación del Presidente (Fundamento 8 de la Resolución del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0018-2009-PI/TC del 23 de marzo de 2010; NOVAK & GARCÍA CORROCHANO, 2016, p. 548; SALMÓN, 2003, p. 153).

340

El segundo requisito para que el tratado sea parte de nuestro derecho es que esté en vigor. La entrada en vigor, que está regulada por el Derecho Internacional, es muy importante en el proceso de celebración de un tratado porque, a partir de ese momento, adquiere plena vigencia y aplicación, debiendo los Estados partes cumplir sus disposiciones (MARIÑO MENÉNDEZ, 2005, p. 342; NOVAK & GARCÍA CORROCHANO, 2016, p. 549; REMIRO BROTONS, 1997, p. 217).

Si bien la regla general es que el tratado debe estar en vigor para que tenga vigencia, el Estado asume algunas obligaciones internacionales antes que esto se produzca porque debe comportarse de buena fe y no frustrar el objeto y fin del tratado (artículo 18 de la Convención de Viena de 1969). Además, hay una “excepción específica de alcance parcial” (DIEZ DE VELASCO, 2013, p. 176) por la que algunas de sus disposiciones se aplican desde la adopción del tratado, como las que se refieren a la forma de expresión del consentimiento para obligarse, las reservas en los tratados multilaterales y las condiciones para la entrada en vigor (artículo 24 numeral 4 de la Convención de Viena de 1969). Su fundamento es la necesidad de aplicar estas disposiciones para continuar con el proceso de celebración del tratado. Asimismo, se podrá acordar la aplicación provisional del tratado (artículo 25 de la Convención de Viena

de 1969) que obliga a los Estados a cumplir todas o algunas de las disposiciones antes de su entrada en vigor (Diez de Velasco, 2013, pp. 176-177; REMIRO BROTONS, 1997, p. 218). Esta aplicación provisional se caracteriza por ser temporal, excepcional y voluntaria; por ello, no tiene los mismos efectos que la entrada en vigor en el Derecho Internacional. Sobre este requisito, el Tribunal Constitucional ha sido claro y enfático al señalar que, si el tratado no está en vigor, no es parte del derecho interno; en consecuencia, no procede contra éste la acción de inconstitucionalidad (Fundamento 3 de la Resolución en el Exp. N° 00033-2006-PI/TC del 22 de enero de 2007; Fundamento 14 de la Resolución en el Exp. N° 0018-2009-PI/TC del 23 de marzo de 2010). Por consiguiente, aunque el Perú cumpla algunas disposiciones del tratado por corresponder a la excepción específica o por haberse pactado su aplicación provisional, no procederá la demanda de inconstitucionalidad, porque aún no está en vigor y no es parte del derecho interno.

Para establecer la fecha de entrada en vigor de un tratado, se deben tener en cuenta las condiciones acordadas en el propio tratado o, en su defecto, requerirá que todos los sujetos de Derecho Internacional que negociaron y adoptaron el tratado hayan expresado su consentimiento en obligarse por el tratado (artículo 24 de la Convención de Viena de 1969). En esa línea se encuentra el artículo 3 de la Ley N° 26647, que acertadamente señala lo siguiente: “Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos ...”. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional afirma que “... en el ámbito del Derecho Internacional Público los Tratados entran en vigor en la fecha en que lo dispongan tales instrumentos internacionales ...” (Fundamento 15 de la Sentencia en el Exp. N° 021-2010-PI/TC del 20 de marzo 2012). Por ello, un tratado entrará en vigor cuando se cumplan las condiciones que se encuentran en sus disposiciones; es decir, de conformidad con el Derecho Internacional. De allí que su entrada en vigor no podrá ser determinada unilateralmente por una de las partes ni dependerá del cumplimiento de los requisitos del derecho interno de un Estado.

Con la finalidad de dar a conocer cuál es la fecha de entrada en vigor de un tratado en el Perú, el artículo 6 de la Ley N° 26647 establece lo siguiente: “El Ministerio de Relaciones Exteriores comunicará al Diario Oficial, en cuanto se hayan cumplido las condiciones establecidas en el tratado, para que publique la fecha de la entrada en vigor del mismo, a partir de la cual se incorpora al derecho nacional.” De esta manera, se identifican dos obligaciones para el Ministerio de Relaciones Exteriores: conocer cuál es la fecha de entrada en vigor de los tratados en los cuales el Perú es parte y ponerla en conocimiento del Diario Oficial El Peruano para que realice la publicación correspondiente. Es necesario precisar que la publicación de la fecha de entrada en vigor de un tratado en el Perú es de carácter informativo y no es un requisito para que éste despliegue sus efectos. Si la publicación no se llevara a cabo, no modificará la fecha de entrada en vigor del tratado. De este modo, cuando el tratado entra en vigor de acuerdo al Derecho Internacional, también lo hace simultáneamente en el derecho interno según lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución de 1993 (NOVAK & GARCÍA CORROCHANO, 2016, p. 548; MONTOYA CHÁVEZ et al, 2015, p. 109); en consecuencia, pasa a ser parte del derecho peruano. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en esa misma línea: “... los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. [...] Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada [artículo 55] se produce una integración o recepción normativa del tratado” (Fundamento 21 de la Sentencia en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006).

El Tribunal Constitucional se pronunció también con relación a esos dos requisitos para que proceda la demanda de inconstitucionalidad: “Conforme al principio de interpretación de unidad de los artículos 200° inciso 4 y 55° de la Constitución, los tratados, en tanto normas susceptibles de ser controladas mediante el proceso de inconstitucionalidad, sólo lo serán cuando formen parte del Derecho nacional, es decir cuando sean tratados celebrados por el Estado y que se encuentren en vigor” (Fundamento 7 a de la Resolución en el Exp. N° 00036-2007-PI/TC del 20 de

noviembre de 2007). Esta afirmación es muy importante porque se dio en el proceso de inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa N° 28766 (publicada el 29 de junio de 2006), que aprobó el TLC Perú-Estados Unidos, y subrayó la importancia de una interpretación sistemática de los artículos 55 y 200 numeral 4 de la Constitución de 1993. Asimismo, el Tribunal Constitucional no concluyó que la publicación del tratado fuera obligatoria para que proceda la demanda de inconstitucionalidad en esta Resolución.

Además de los dos requisitos anteriores, se ha planteado un tercero para que un tratado sea parte del derecho peruano: su publicación. Cuando se busca sustentar la obligatoriedad de la publicación de un tratado, se esgrime como fundamento el artículo 51 de la Constitución de 1993 que establece lo siguiente: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.” La parte final del artículo se refiere al principio de publicidad, que hace indispensable la publicación para que las normas jurídicas tengan vigencia en el Perú (RUBIO CORREA, 1999, p. 93). Por este principio, la publicación resulta esencial y obligatoria para la vigencia y eficacia de las normas escritas en el derecho interno (MONTTOYA CHÁVEZ et al, 2015, pp. 110-111; 248); pero no se aplica a las normas no escritas, como las consuetudinarias o los principios generales del Derecho, que tienen vigencia y se aplican en el Perú (artículo 139 numeral 8 *in fine* de la Constitución de 1993), aunque no hayan sido publicadas. Asimismo, el principio de publicidad se aplica a las normas del derecho interno; pero, como el tratado es fuente de normas internacionales, su publicación no es obligatoria. Adicionalmente, se produce la recepción automática del Derecho Internacional por la posición monista moderada del Perú: en cuanto a las normas consuetudinarias internacionales, éstas se incorporan al derecho interno (DIEZ DE VELASCO, 2013, p. 250; GARCÍA CORROCHANO, 2013, p. 125) sin necesidad de su publicación; entonces, tampoco será necesaria para el tratado, que es una fuente del Derecho Internacional. De allí que la incorporación de un tratado en el derecho interno se produzca inmediatamente cuando entra en vigor y no sea

necesario llevar a cabo un procedimiento adicional para que sea parte de nuestro ordenamiento jurídico (NOVAK TALAVERA, 1998, p. 260). Finalmente, para la interpretación y la aplicación de los artículos 51 *in fine* y 55 de la Constitución de 1993, se debe tener en consideración que el primero se refiere a la obligación de publicar las normas de derecho interno mientras que el segundo es específico para los tratados (*lex specialis*); en consecuencia, la publicación no es un requisito para que el tratado sea parte del derecho interno en la Constitución.

Asimismo, se señala como fundamento del requisito de publicación el artículo 4 de la Ley N° 26647: “El texto íntegro de los tratados celebrados y aprobados por el Estado deberá ser publicado en el Diario Oficial. Dicha publicación comprenderá uno o más instrumentos anexos si los hubiere. Asimismo, deberá señalar el número y fecha de la Resolución Legislativa que los aprobó o del Decreto Supremo que los ratificó.” Si bien este artículo establece el deber de publicar el tratado en el Diario Oficial, no menciona que sea un requisito para su vigencia en el Perú; por ello, la finalidad de su publicación sería darle publicidad y difusión (SALMÓN GÁRATE, 2002, p. 62). Además, en el artículo 5 de la Ley N° 26647 se señaló un plazo para llevarla a cabo en el plano interno: “La publicación del texto de los tratados se realizará en un plazo máximo de treinta días útiles contados a partir de la fecha en que sean recibidos en el Diario Oficial.” No obstante, si esta publicación no se realiza en este plazo, no afectará la entrada en vigor del tratado y éste será parte del derecho interno según lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución de 1993.

En la Ley N° 26889 o Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa (publicada el 10 de diciembre de 1997), que brindó los lineamientos para la elaboración, denominación y publicación de las leyes, tiene un alcance general. En esta Ley Marco, los tratados no fueron considerados como “leyes” en su artículo 1 numeral 2, lo cual es correcto debido a que no son normas producidas en el derecho interno. Por ello, la publicación del tratado no era obligatoria para su vigencia en el derecho peruano. En esa misma línea, el Decreto Supremo N° 008-2006-JUS - Reglamento de la Ley N° 26889 (publicado el 24 de marzo de 2006) no

consideró a los tratados como leyes. De este modo, se corrobora que la Ley N° 26647 es una *lex specialis* aplicable al perfeccionamiento de los tratados.

La publicación obligatoria de los tratados celebrados por el Perú fue señalada en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS - Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General (publicado el 15 de enero de 2009), emitido en el marco del artículo 6 literal h del Decreto Ley N° 25993 - Ley Orgánica del Sector Justicia: “[...] En tal sentido, se deben publicar obligatoriamente en el Diario Oficial El Peruano: La Constitución Política del Perú y sus modificatorias; 2. Las Leyes, las Resoluciones Legislativas ... los Tratados aprobados por el Congreso y los Reglamentos del Congreso; 3. Los Decretos Supremos; 4. Los Tratados aprobados por el Presidente de la República [...]”. A diferencia de lo dispuesto en la Ley N° 26889 y su Reglamento, este Decreto Supremo incluyó a los tratados solemnes y simplificados como normas legales del ordenamiento jurídico nacional, sin tomar en consideración su naturaleza jurídica internacional y sus características especiales que fueron mencionadas por el Tribunal Constitucional (Fundamentos 18 y 19 de la Sentencia en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC). Además, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS estableció que “La publicación oficial de las normas legales de carácter general es esencial para su entrada en vigencia. Las entidades emisoras son responsables de disponer su publicación en los términos y condiciones establecidas en el presente Reglamento, y normas complementarias. Aquellas normas legales que no sean publicadas oficialmente, no tienen eficacia ni validez.” Este requisito de publicación en un medio oficial resulta esencial y razonable para la vigencia de las normas internas, de conformidad con el artículo 51 *in fine* de la Constitución de 1993. Sin embargo, no es exigible para los tratados porque establecen normas internacionales y no son emitidos por una entidad del derecho peruano; por consiguiente, no hay “entidades emisoras” que tengan la obligación de publicarlo en el Perú. Asimismo, la vigencia y eficacia del tratado se produce desde la fecha de su entrada en vigor, que depende de las condiciones establecidas

en éste o por el Derecho Internacional; no está sujeta a los requisitos y condiciones del derecho interno. En consecuencia, por el principio de supremacía de la Constitución, el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS no puede contravenir el artículo 55 de la Constitución de 1993, que no establece la publicación del tratado como un requisito para su vigencia en el derecho interno.

No obstante, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la obligatoriedad de la publicación de los tratados en su jurisprudencia debido a que los considera como una norma del derecho interno. En el proceso de inconstitucionalidad contra el TLC Perú-China, el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente sobre la demanda de inconstitucionalidad: "... sólo cabe interponerse contra normas con rango de ley que se encuentren vigentes, y dicha vigencia solo se adquiere mediante la publicación" (Fundamento 11 de la Sentencia en el Exp. N° 021-2010-PI/TC del 20 de marzo 2012). Con el fin de sustentar su posición, se citaron las sentencias en dos procesos de inconstitucionalidad contra las ordenanzas municipales de la Municipalidad Provincial de Pisco y la Municipalidad de Santiago de Surco respectivamente, que son normas internas, en las que se señaló: "Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia" (Fundamento 4 de la Sentencia en el Exp. N° 0021-2003-AI/TC del 24 de junio de 2004) y "... la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma ..." (Fundamento 18 de la Sentencia del Exp. N° 0041-2004-AI/TC del 11 de noviembre de 2004). Los fundamentos de estas sentencias se referían a las normas internas que requieren ser publicadas para tener vigencia, no a los tratados, a los que se aplica el artículo 55 de la Constitución de 1993. Además, en el Fundamento 16 de la sentencia en el proceso contra el TLC Perú-China, el Tribunal Constitucional citó también lo señalado en el proceso de inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa N° 28766 que aprobó el TLC Perú – Estados Unidos: "... el ejercicio del control constitucional abstracto –posterior y no preventivo– ... se condiciona a [...] el cumplimiento de los recaudos formales previstos en el propio tratado; para los fines de promulgación y publicidad que dispone el artículo 51° in fine de la Constitución. Sólo así constituirá

norma interna válida y eficaz, conforme al artículo 55° de la Norma Fundamental” (Fundamento 6 de la Resolución del Exp. N° 00036-2007-PI/TC del 20 de noviembre de 2007). En este Fundamento, se advierte una cierta confusión: de un lado, es correcto afirmar que se deben cumplir las condiciones establecidas en el tratado para su entrada en vigor, lo cual está regulado por el Derecho Internacional; de otro lado, el requisito de publicación de la norma para su vigencia en el derecho interno (artículo 51 *in fine* de la Constitución) se aplica a aquellas que surgen de las fuentes normativas internas, no a un tratado. El artículo 55 de la Constitución de 1993 es una norma especial porque se refiere específicamente a los tratados y, sobre su incorporación y vigencia en el derecho interno, no establece que la publicación del tratado sea obligatoria. En consecuencia, solamente requiere que el tratado haya sido celebrado por el Perú y esté en vigor para que sea parte del derecho interno.

Es importante tener presente que la publicación del tratado tiene como finalidad informar acerca del contenido de sus disposiciones y sobre la fecha su entrada en vigor. Este carácter informativo se puede interpretar del Fundamento 18 de la sentencia del Tribunal Constitucional en el proceso contra el TLC Perú-China porque se admitió que la publicación del texto de este tratado en el Portal Electrónico del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) sea suficiente para satisfacer la publicidad de las normas “... referidas a la aprobación interna del TLC Perú-China, su incorporación al derecho nacional y a la que establece la difusión de su entrada en vigencia” (Fundamento 18 de la Sentencia en el Exp. N° 021-2010-PI/TC). Al respecto, el Tribunal Constitucional incurrió en un error al referirse a la “aprobación interna” porque el TLC Perú-China no fue aprobado por el Congreso; por sus materias, se siguió el procedimiento simplificado y fue ratificado por el Decreto Supremo N° 092-2009-RE. Asimismo, la publicación del texto del tratado en el Portal Electrónico del MINCETUR tuvo carácter informativo o de difusión y no debe entenderse como una condición para la entrada en vigor del tratado ni para su vigencia. En cuanto la fecha de entrada en vigor del TLC Perú-China, fue el 1 de marzo de 2010 según lo informado por el Decreto Supremo N° 005-2010-MINCETUR (publicado el 25

de febrero de 2010) en el que se dispone la puesta en ejecución de este tratado. Esta fecha fue determinada de conformidad con el Derecho Internacional y es reconocida por el Tribunal Constitucional; a partir de ésta, este tratado tiene vigencia en el derecho interno (Fundamento 18 de la Sentencia en el Exp. N° 021-2010-PI/TC). Sin embargo, el texto del TLC Perú-China fue publicado en el Diario Oficial El Peruano en una fecha posterior: el 19 de setiembre de 2011. Como el artículo 55 de la Constitución de 1993 establece que el tratado debe estar en vigor para ser parte del derecho interno, el TLC Perú-China se incorporó al derecho peruano desde el 1 de marzo del 2010, no en la fecha de su publicación.

Para evitar el incumplimiento de un tratado que está en vigor, pero que aún no ha sido publicado, el Tribunal Constitucional afirmó que “... las autoridades nacionales competentes están en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para hacer coincidir la fecha de entrada en vigencia de un tratado con su publicación previa en el Derecho interno ...” (Fundamento 17 de la Sentencia en el Exp. N° 021-2010-PI/TC). Sin embargo, esto no sucede en la práctica porque en el TLC Perú-China, no coincidieron estas fechas.

Por las consideraciones anteriores, se concluye que la obligatoriedad de publicar los tratados en el Diario Oficial para que tengan vigencia en el derecho interno, establecida en los artículos 4 y 7 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, no cuenta con un fundamento en la Constitución de 1993 porque los tratados de los cuales el Perú es parte y se encuentran en vigor, se incorporan de manera inmediata a nuestro derecho (artículo 55 de la Constitución de 1993). Si bien el artículo 51 *in fine* de la Constitución vigente se refiere a la publicación obligatoria de las normas de derecho interno, no se aplica al tratado porque es una fuente del Derecho Internacional.

Con la finalidad de identificar contra qué tratados procederá la demanda de inconstitucionalidad en atención a los argumentos presentados, se verán los siguientes supuestos y sus consecuencias:

- a) El tratado se publique en el Diario Oficial El Peruano antes de su entrada en vigor: como su cumplimiento aún no es exigible

al Estado peruano, no tendrá efectos internacionales ni será parte del derecho interno (artículo 55 de la Constitución de 1993). Por ello, no procederá la demanda de inconstitucionalidad contra este tratado.

- b) El tratado se publique en el Diario Oficial El Peruano antes de su entrada en vigor y se haya acordado la aplicación provisional de todas o de alguna de sus disposiciones (artículo 25 de la Convención de Viena de 1969): si bien el Estado está obligado a cumplir las disposiciones cuya aplicación provisional fue pactada, el tratado aún no entró en vigor y no es parte del derecho interno (artículo 55 de la Constitución de 1993). Por ello, no procederá la demanda de inconstitucionalidad contra este tratado.
- c) El tratado entró en vigor para el Perú y fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, coincidiendo estas fechas: desde la fecha de su entrada en vigor según el Derecho Internacional, el Estado peruano está obligado a cumplirlo y el tratado es parte del derecho interno (artículo 55 de la Constitución de 1993). La fecha de su publicación no condiciona la entrada en vigor del tratado, como sucedió en el TLC Perú-China. Por ello, procederá la demanda de inconstitucionalidad contra este tratado desde la fecha de su entrada en vigor y hasta que se cumpla el plazo prescriptorio.
- d) El tratado entró en vigor para el Perú, pero no fue publicado en el Diario Oficial El Peruano: el Estado está obligado a cumplirlo y es parte de su derecho interno desde la fecha de entrada en vigor (artículo 55 de la Constitución de 1993). No se podrá justificar el incumplimiento del tratado porque no ha sido publicado en aplicación del principio de primacía del Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena de 1969). Por ello, procederá la demanda de inconstitucionalidad contra este tratado desde la fecha de su entrada en vigor y hasta que se cumpla el plazo prescriptorio.

En conclusión, el Perú asumió la posición monista moderada por lo que el tratado celebrado por el Estado, requiera o no la aprobación del Congreso, será parte de nuestro ordenamiento nacional desde la fecha de su entrada en vigor. La publicación del tratado en el Diario Oficial El Peruano es una obligación establecida por el derecho interno que no afecta la naturaleza internacional del tratado ni condiciona sus efectos. Por ello, la demanda de inconstitucionalidad contra un tratado procederá cuando ha sido celebrado por el Perú y esté en vigor de conformidad con el artículo 55 de la Constitución de 1993.

3.6. Sobre el rango del tratado

Como las normas internacionales forman parte del ordenamiento jurídico del Perú (posición monista), es necesario determinar cuál es el rango de los tratados.

350

La regla general sobre el rango de los tratados se encuentra en el artículo 200 numeral 4 de la Constitución de 1993: “Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados ...” Si bien se puede discutir si la lista de este artículo está compuesta por normas que *strictu sensu* tienen rango de ley (RUBIO CORREA, 1999, p. 159), expresamente se menciona este rango para los tratados. A su vez, el Tribunal Constitucional reconoció que, en general, los tratados tienen rango de ley (Fundamento 61 de la Sentencia en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC).

Como el procedimiento interno de celebración no es determinante para otorgar un rango distinto, los tratados solemnes y los tratados internacionales ejecutivos tienen el mismo rango de ley. Resulta acertado que la Constitución de 1993 no haya dado un rango infralegal a los tratados simplificados que solamente requieren la ratificación del Presidente (GARCÍA CORROCHANO, 2013, pp. 119-120; MÉNDEZ CHANG, 1999, p. 97; MONTROYA CHÁVEZ & FEIJÓO CAMBIASO, 2015, p. 334). De este modo, se apartó de lo señalado por el artículo 29 de la Ley N° 25397 de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente: “Los convenios internacionales ejecutivos forman

parte del ordenamiento jurídico nacional y tienen rango de decreto supremo. En caso de conflicto entre un convenio internacional ejecutivo y un decreto supremo, prevalece el primero.” Lo establecido en esta ley no tenía un fundamento en la Constitución de 1979; es más, entraría en conflicto con el artículo 101 de esta Carta Magna que establecía que “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.” Aunque no se señaló expresamente que el tratado tenía rango de ley, el artículo 101 estableció la prevalencia del tratado sobre la ley cuando se produjera un conflicto entre sus disposiciones, lo cual es coherente con la posición monista del Perú y el principio de primacía del Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena de 1969). Por ello, el tratado tenía un rango equivalente a las leyes en la Constitución de 1979 (ABUGATTÁS, 2019, p. 214; FERNÁNDEZ MALDONADO, C., 1990, p. 366) y no uno infralegal.

La regla general por la cual los tratados tienen rango de ley en el Perú (artículo 200 numeral 4 de la Constitución de 1993) tiene dos excepciones: los tratados sobre derechos humanos y los que tuvieron una aprobación especial del Congreso.

351

En la Constitución de 1993, no hay una norma que establezca un rango suprallegal a los tratados sobre derechos humanos, a diferencia de lo señalado en el artículo 105 de la Constitución de 1979: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.” En la anterior Constitución, se otorgó rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos y sus disposiciones eran jerárquicamente superiores a las normas legales e infralegales (FERNÁNDEZ MALDONADO, C., 1990, p. 358; HAKANSSON, 2013, p. 26; RUBIO CORREA, 1998, pp. 103-104; SALMÓN GÁRATE, 2002, p. 68). Dado que no hay una norma similar en la Constitución de 1993, la interpretación de sus normas contribuye a identificar un rango superior al legal a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan

de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” Si bien la Cuarta Disposición Final y Transitoria plantea un criterio hermenéutico en materia de derechos humanos (MONTTOYA CHÁVEZ & FEIJÓO CAMBIASO, 2015, pp. 338-340; RUBIO CORREA, 1998, p. 109; SALMÓN GÁRATE, 2002, p. 78), no otorga expresamente el rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Sin embargo, esta interpretación de las normas convencionales internacionales daría contenido al “sistema de *numerus apertus*” de los derechos fundamentales del artículo 3 de la Constitución de 1993 (Fundamento 28 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0025-2005-PI/TC del 28 de octubre de 2005). Por ello, se concluye que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional en el Perú (ABUGATTÁS, 2019, p. 217; EGUIGUREN PRAELI, 2003; MEZARINA GARCÍA & ROSALES ZAMORA, 2019, p. 385; NEGRO ALVARADO, 2020, p. 215; RUBIO CORREA, 1999, p. 164; SALMÓN, 2003, p. 161), lo cual también ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (Fundamento 61 de la Sentencia en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC; Fundamento 26 de la Sentencia en el Exp. N° 0025-2005-PI/TC; Fundamentos 10 y 11 de la Sentencia en el Exp. N° 0005-2007-PI/TC del 26 de agosto de 2008).

La segunda excepción se refiere a los tratados que tuvieron la aprobación especial del Congreso (segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución de 1993) porque sus disposiciones estaban en conflicto con las normas constitucionales. Según lo analizado, esta aprobación tiene el mismo procedimiento de la reforma constitucional, pero no modifica la Constitución: se produce una habilitación legislativa según el Tribunal Constitucional (Fundamento 20 de la Sentencia en el Exp. N° 0047-2004-AI/TC) y su efecto es la inaplicación de la norma constitucional cuando el tratado se incorpore al derecho peruano. Por ello, resulta razonable considerar que este tratado tiene rango constitucional (FERNÁNDEZ MALDONADO C., 1990, p. 359; RUBIO CORREA, 1999, p. 164) porque, si tuviera rango de ley (NOVAK TALAVERA, 1998, pp. 264-265), sería paradójico que una norma de menor jerarquía lleve a la inaplicación de una norma constitucional.

En conclusión, la acción de inconstitucionalidad procede contra los tratados que, por regla general, tienen rango de ley. Cuando los tratados versen sobre derechos humanos o hayan sido aprobados por el Congreso con el procedimiento de reforma constitucional (segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución de 1993), tendrán rango constitucional y contra ellos no podrá interponerse la demanda de inconstitucionalidad.

4. El plazo para la presentación de la demanda

El plazo para la presentación de la demanda de inconstitucionalidad contra un tratado está establecido en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional: “La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. [...]”. Si bien seis meses podría parecer un plazo corto, resulta razonable porque cualquier demanda sobre la falta de adecuación de las disposiciones de un tratado al marco constitucional debe ser planteada en el más breve plazo (BRAGE CAMAZANO, 2014, p. 219) y ser resuelta con celeridad. No obstante, surge la siguiente pregunta: ¿desde cuándo se cuenta el plazo de seis meses? Para dar una respuesta adecuada, hay que tener en cuenta que la acción de inconstitucionalidad procede contra el tratado que es parte del derecho interno, por lo que se plantea lo siguiente:

- La primera respuesta es tomar en cuenta la fecha de publicación del tratado (BRAGE CAMAZANO, 2014, p. 219) en el Diario Oficial El Peruano de conformidad con el artículo 51 *in fine* de la Constitución de 1993. Como se argumentó anteriormente, considerar la fecha de publicación resulta inadecuada porque, en primer lugar, no todas las normas requieren publicarse para tener vigencia en el Perú como, por ejemplo, las normas consuetudinarias o los principios generales. En segundo lugar, la publicación es obligatoria para las normas de derecho interno, pero no es exigible para los tratados porque tienen una naturaleza jurídica internacional. En tercer lugar, la entrada en vigor de un tratado depende de sus disposiciones y

del Derecho Internacional; no está condicionada a un requisito del derecho interno, como su publicación. En cuarto lugar, un Estado no podrá invocar su derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales; es decir, el Perú no podrá justificar el incumplimiento de un tratado porque no está publicado en el Diario Oficial El Peruano. Si esto sucede, el Perú vulneraría el *pacta sunt servanda* y el principio de primacía del Derecho Internacional (artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969 respectivamente). Sobre este principio, el Tribunal Constitucional se pronunció, señalando que “... un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado...” (Fundamento 8 del Exp. N° 2798-2004-HC/TC del 9 de diciembre de 2004). En quinto lugar, la publicación no es un requisito establecido por el artículo 55 de la Constitución de 1993 para que el tratado sea parte del derecho interno. Finalmente, si se publica un tratado y aún no está en vigor, no será parte del derecho interno y no procederá la demanda de inconstitucionalidad contra éste. En consecuencia, la fecha de publicación de un tratado en el Diario Oficial El Peruano no debe ser considerada para contar el plazo de seis meses.

- La segunda respuesta es tomar en cuenta la fecha de entrada en vigor del tratado que dependerá del cumplimiento de las condiciones establecidas en sus disposiciones y del Derecho Internacional. Se debe recordar que el tratado tiene plenos efectos desde su entrada en vigor; entonces, estará incorporado al ordenamiento jurídico nacional (artículo 55 de la Constitución de 1993) y se podrá interponer la demanda de inconstitucionalidad contra éste. Por ello, a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado se deben contar los seis meses del plazo prescriptorio (MONTROYA CHÁVEZ & al., 2015, pp. 83-84). Esto también lo ha afirmado el Tribunal Constitucional: “... el plazo para la interposición de una demanda de constitucionalidad contra un tratado se inicia a partir de la entrada en vigor

de dicho instrumento internacional (Fundamento 14 de la Resolución en el Exp. N° 0018-2009-PI/TC del 23 de marzo de 2010).

En consecuencia, el plazo prescriptorio de seis meses para la interposición de la demanda de inconstitucionalidad contra un tratado debe contarse desde la fecha de entrada en vigor del tratado, no desde su publicación.

5. Consecuencias jurídicas internacionales de la sentencia que declara fundada la inconstitucionalidad de todo o parte de un tratado

La sentencia del Tribunal Constitucional que declare fundada la demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones o todo el tratado tendrá efectos jurídicos en el derecho interno, así como consecuencias en el Derecho Internacional. Como aún no se ha dado una sentencia que declare la inconstitucionalidad de un tratado, se analizarán sus consecuencias a partir de la normativa y la doctrina.

355

Estos efectos han sido establecidos por el artículo 204 de la Constitución de 1993: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.” En concordancia con la norma constitucional, el artículo 81 del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente: “Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. [...]” De allí que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de todas o de alguna de las disposiciones de un tratado las dejará sin efecto, serán inaplicables en el derecho interno desde el día siguiente de su publicación. Sin embargo, no tendrá efectos retroactivos ni afectará la validez del tratado (BAZÁN, 2003, p. 416; FIGUEROA GUTARRA, 2013, p. 209; HAKANSSON, 2013, p.

18; MORALES GODO, 2000, p. 84; SALMÓN GÁRATE, 2002, p. 74).

Los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un tratado tendrán las siguientes consecuencias internacionales: en primer lugar, el Perú será responsable internacionalmente por incumplir las disposiciones del tratado y por vulnerar el *pacta sunt servanda* (BENAVIDES-CASALS, 2016, p. 30; BRAGE CAMAZANO, 2014, p. 216; CASSESE, 2001, pp. 185-186; REMIRO BROTONS, 1997, p. 353; REUTER, 1999, p. 116; VILLEGAS DELGADO, 2013, p. 283; VILLIGER, 2009, pp. 365-367). En segundo lugar, el Estado no podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales por la aplicación del derecho interno ni por la ejecución de una sentencia de un tribunal nacional por el principio de primacía del Derecho Internacional (DIEZ DE VELASCO, 2003, p. 201; MARIÑO MENÉNDEZ, 2005, p. 342; VILLIGER, 2009, pp. 371-375) que se encuentra en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, el que ha sido aplicado en la jurisprudencia de los tribunales internacionales (FERNÁNDEZ MALDONADO, C., 1990, p. 369; LOAYZA TAMAYO, 2014, pp. 29-31; NOVAK TALAVERA, 1998, pp. 253-257) y por el Tribunal Constitucional (Fundamento 8 del Exp. N° 2798-2004-HC/TC del 9 de diciembre de 2004). En tercer lugar, si el Perú deja de cumplir alguna de las disposiciones del tratado, también incurrirá en responsabilidad internacional porque éste es considerado como una unidad y sus disposiciones no podrán ser divididas (DIEZ DE VELASCO, 2013, p. 167; MARIÑO MENÉNDEZ, 2005, p. 364), a menos que esto se haya pactado.

En atención a las consideraciones anteriores, si el Perú deja de cumplir un tratado en todo o en parte en ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara su inconstitucionalidad, cometerá un hecho internacionalmente ilícito (BAZÁN, 2003, p. 450; CASSESE, 2001, pp. 185-186; MCINTYRE, 2016, pp. 177-178) porque habrá violado varias obligaciones internacionales: las contenidas en el tratado, la obligación de cumplirlo de buena fe (*pacta sunt servanda*) y el principio de primacía del Derecho Internacional. Asimismo, estas vulneraciones serán atribuidas al Estado peruano porque han sido realizadas por sus

órganos y funcionarios. En cuanto al Tribunal Constitucional, es un órgano de control de la Constitución (artículo 201 de la Constitución de 1993) cuyos actos también serán atribuidos al Perú. Como no existiría una circunstancia que excluya la ilicitud de este hecho, el Perú será responsable internacionalmente.

Con la finalidad de evitar que el Perú incurra en responsabilidad internacional por los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad en todo o en parte del tratado, se han propuesto las siguientes soluciones:

- a) La desvinculación del Perú del tratado que está en vigor a través de la denuncia o retiro. Como se debe de cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional, la intención del Estado será dejar de ser parte del tratado; por ello, no serán aplicables otras causales de suspensión o terminación de la Convención de Viena de 1969.

Para la denuncia del tratado, se deben cumplir dos fases: la primera se lleva a cabo en el ámbito interno donde se produce la formación de la voluntad del Estado a través del procedimiento establecido en el último párrafo del artículo 57 de la Constitución de 1993: “La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.” Por ello, el procedimiento para denunciar el tratado dependerá de cómo se manifestó el consentimiento del Estado: en los tratados solemnes, se requerirá la aprobación del Congreso antes que el Presidente formule la denuncia y, en los tratados internacionales ejecutivos, el Presidente realizará la denuncia y está obligado a dar cuenta al Poder Legislativo (CORONADO, 1999, p. 124; GARCÍA CORROCHANO, 2013, p. 111). En concordancia con la Constitución de 1993, el artículo 7 de la Ley N° 26647 establece lo siguiente: “Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano ... solo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones

de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere su aprobación previa.” De allí que la denuncia seguirá el mismo procedimiento interno aplicable para la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado.

En la segunda fase, la denuncia o retiro se lleva a cabo en el ámbito internacional y el Estado manifiesta su voluntad de dejar de ser parte de conformidad lo dispuesto en el tratado y en el Derecho Internacional (BROWNLIE, 2002, p. 621; CORONADO, 1999, p. 128; DIEZ DE VELASCO, 2012, p. 221; GARCÍA CORROCHANO, 2013, pp. 108-109), lo cual también fue mencionado en el artículo 7 de la Ley N° 26647. La denuncia se refiere a todo el tratado porque éste es indivisible, salvo que se haya pactado la divisibilidad de sus disposiciones (artículo 44 numeral 1 de la Convención de Viena de 1969); además, no tendrá efectos inmediatos. Por ejemplo, el artículo 28 del Acuerdo de París de 2015 sobre el Cambio Climático establece que una parte podrá denunciarlo tres años después de la fecha de entrada en vigor para ella y sus efectos se darán un año después que el depositario haya recibido la notificación de esta denuncia. Para manifestar su consentimiento en obligarse por el Acuerdo de París, se siguió el procedimiento simplificado en el Perú y el Presidente lo ratificó con el Decreto Supremo N° 058-2016-RE (publicado el 22 de julio de 2016). Como este Acuerdo entró en vigor el 4 de noviembre de 2016, el Perú podría denunciarlo a partir del 4 de noviembre de 2019 y tendría efectos un año después de la notificación correspondiente. Cuando un tratado no tiene disposiciones sobre la denuncia o retiro, se dan dos supuestos: el primero, el retiro podrá producirse en cualquier momento, siempre que se cuente con el consentimiento de todas las partes (artículo 54 de la Convención de Viena de 1969). El segundo supuesto es que el Estado parte no

podrá denunciarlo ni retirarse, salvo que haya sido intención de las partes permitirlo o se infiera de la naturaleza del tratado (artículo 56 de la Convención de Viena de 1969). Al respecto, un Estado no podrá denunciar un tratado de límites porque se considera que la delimitación convencional de una frontera tiene carácter permanente (DIEZ DE VELASCO, 2013, pp. 457-458; REMIRO BROTONS, 1997, p. 283). Si fuese posible plantear la denuncia o retiro de un tratado, el Estado deberá notificar esta decisión con al menos doce meses de anticipación. En conclusión, el Estado no podrá denunciar ni retirarse de todos los tratados, no podrá hacerlo de cualquier manera ni tendrá efectos inmediatos de conformidad con el Derecho Internacional.

Por lo señalado anteriormente, la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de todo o parte de un tratado en vigor, lo deja sin efectos en el derecho interno; pero no produce la desvinculación del Estado, por lo que debe cumplirlo. Para evitar incurrir en responsabilidad internacional, será necesario que lo denuncie de conformidad con las disposiciones del tratado o del Derecho Internacional. Si no se puede formular la denuncia del tratado, o mientras ésta no surta efectos, el Perú será responsable internacionalmente por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

- b) La suspensión de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional que lo declara inconstitucional hasta que se haga efectiva la denuncia o el retiro del tratado (LOAYZA JUÁREZ, 2009, p. 23-25; SALMÓN GÁRATE, 2002, p. 75). Esta solución plantea algunos problemas: el primero es que no se determina por cuánto tiempo quedarán en suspenso los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un tratado. El segundo es que no se permite la denuncia o el retiro de todos los tratados y sus efectos no son inmediatos. Finalmente, se presentará la siguiente paradoja: de un lado, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de

todo o parte de un tratado en la sentencia (cuyos efectos están en suspenso) y, de otro lado, seguirían surtiendo efecto las disposiciones del tratado en el derecho interno, a pesar de contravenir las normas constitucionales.

En cuanto a la posibilidad de alegar la nulidad del tratado a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara su inconstitucionalidad (LOAYZA JUÁREZ, 2009, p. 19), no podrá invocarse la causal del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 (vulneración de las disposiciones de derecho interno sobre la competencia para celebrar tratados) porque no se cumpliría el elemento necesario para que se configure: que la violación sea manifiesta. Si no se sigue el procedimiento interno para la celebración de un tratado sobre derechos humanos en el Perú y, por ejemplo, se utiliza la vía simplificada en lugar de la solemne (con la aprobación previa del Congreso), no se configuraría esta causal de nulidad porque esta violación no fue manifiesta (BRAGE CAMAZANO, 2014, p. 216; DIEZ DE VELASCO, 2013, pp. 219-220). Esto se debe a que la ratificación es una forma de manifestación del consentimiento que se emplea en la práctica internacional y, por consiguiente, los demás sujetos de Derecho Internacional no podrían darse cuenta que con ella se ha violado una norma fundamental del Estado.

Por lo anteriormente señalado, cuando se publica la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de todo o parte del tratado, éste queda sin efecto en el derecho interno; pero su incumplimiento hará que el Perú sea responsable internacionalmente.

6. A modo de conclusión

La acción de inconstitucionalidad contra un tratado fue establecida en el artículo 200 numeral 4 de la Constitución de 1993 y faculta al Tribunal Constitucional a ejercer un control concentrado *ex post* de un tratado celebrado por el Perú. Sin embargo, surgen varios problemas jurídicos que deben ser resueltos desde el Derecho Internacional porque el tratado no debe ser asimilado a una norma del derecho interno.

A partir de las tres preguntas formuladas inicialmente, se fundamentaron las siguientes respuestas: la demanda de inconstitucionalidad contra los tratados procede cuando estos son celebrados por el Perú, son parte del derecho interno y tienen rango de ley (artículos 55 y 200 numeral 4 de la Constitución de 1993). Para ser parte del ordenamiento jurídico nacional, el tratado debe estar en vigor de conformidad con sus disposiciones o de acuerdo a lo señalado en la Convención de Viena de 1969, no de una norma del derecho interno. La publicación del tratado en el Diario Oficial El Peruano no es un requisito para su entrada en vigor ni para su incorporación en nuestro derecho. Por ello, el plazo de seis meses para interponer la demanda de inconstitucionalidad contra un tratado debe contarse desde la fecha de su entrada en vigor, no desde su publicación.

En cuanto a las consecuencias internacionales de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara fundada la inconstitucionalidad contra todo o parte de un tratado, si lo deja sin efecto y se incumplen tanto sus disposiciones como las demás obligaciones internacionales del Estado, el Perú será responsable internacionalmente sin que pueda justificar su incumplimiento en el derecho interno.

361

Finalmente, se recomienda reflexionar sobre el futuro de la acción de inconstitucionalidad contra un tratado en atención a las consecuencias internacionales que tendría la sentencia del Tribunal Constitucional. Al respecto, es preferible llevar a cabo el control *ex ante* del tratado, cuando el Perú no ha manifestado aún su consentimiento de obligarse por éste, que uno *ex post*, como el que actualmente ejerce el Tribunal Constitucional.



Bibliografía

1. ABUGATTAS GIADALAH, G. (2006). Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente? *Agenda Internacional*, 12(23), pp. 439-461.
2. ABUGATTAS, G. (2019). Tratados que requieren la aprobación del Congreso de la República del Perú. *Agenda Internacional*, 26(37), pp. 211-243.

3. ACOSTA ALVARADO, P. A. (2016). Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 14(1), pp. 15-60.
4. BAZÁN, V. (2003). Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, y reforma de la Ley Fundamental. *Pensamiento Constitucional*, 9(9), pp. 413-462.
5. BENAVIDES-CASALS, M. A. (2016). La Constitución del Derecho Internacional, El Sueño de un Reducto Jurídico Occidental. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 28, pp. 9-48.
6. BRAGE CAMAZANO, J. (2014). La acción peruana de inconstitucionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 19(19), pp. 207-230.
7. BRÖLMANN, C. (2005). Law-Making Treaties: Form and Function in International Law. *Nordic Journal of International Law*, 74(3-4), pp. 383-403.
8. BROWNIE, I. (2002). *Principles of Public International Law*. 5ª edición. Oxford: Oxford University Press.
9. CASSESE, A. (2001). *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
10. CORONADO, R. (1999). Bases constitucionales para la formulación y desarrollo de la política exterior. *Agenda Internacional*, 6(13), pp. 105-131.
11. DELGADO GUEMBES, C. (1995). El debate parlamentario de la Ley N° 25397. *Pensamiento Constitucional*, 2(2), pp. 263-297.
12. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18ª edición. Madrid: Editorial Tecnos.
13. EGUIGUREN PRAELI, F. J. (2003). Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional peruana. *Ius et Praxis*, 9(1), pp. 157-191.
14. FERNÁNDEZ MALDONADO C., G. (1990). Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Perú. *Derecho PUCP*, (43-44), pp. 337-371.
15. FIGUEROA GUTARRA, E. (2013). El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), pp. 199-222.
16. GARCÍA CORROCHANO, L. (2013). Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993. *Agenda Internacional*, 20(31), pp. 99-130.
17. HAKANSSON NIETO, C. (2013). Una visión panorámica a la Constitución peruana de 1993. Veinte años después. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), pp. 11-34.

18. KLABBERS, J. (1996). *The concept of treaty in international law*. The Hague: Kluwer Law International.
19. KOLB, R. (2016). *The Law of Treaties. An Introduction*. Northhampton: Elgar Publishing.
20. LANDA ARROYO, C. (2004). El control parlamentario en la Constitución Política de 1993: balance y perspectiva. *Pensamiento Constitucional*, 10(10), pp. 91-144.
21. LANYI DEL ÁGUILA, L. y RAMÍREZ BARDALES, J. (1991). Los tratados en la Constitución Peruana. *Revista del Foro*, 79(1), pp. 385-406.
22. LOAYZA JUÁREZ, J. (2009). ¿Se puede declarar inconstitucional un tratado internacional como se hace con cualquier norma de “rango legal”? *Justicia y Derecho*, 4, pp. 1-27.
23. LOAYZA TAMAYO, C. (2014). El derecho internacional general en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Las normas de *ius cogens*. *Ius et Praxis - Revista de la Facultad de Derecho*, 45, pp. 23-56
24. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (2005). *Derecho Internacional Público [Parte general]*. 4ª edición. Madrid: Editorial Trotta.
25. MAÚRTUA DE ROMANA, O. (1995). Constitución y política exterior. *Agenda Internacional*, 1(3), pp. 15-27.
26. MCINTYRE, J. (2016). The Declaratory Judgment in Recent Jurisprudence of the ICJ: Conflicting Approaches to State Responsibility? *Leiden Journal of International Law*, 29(1), pp. 177-195.
27. MÉNDEZ CHANG, E. (1999). *El Control Parlamentario de las Atribuciones del Presidente en la Celebración de los Convenios Ejecutivos Internacionales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
28. MÉNDEZ CHANG, E. (2016). Las atribuciones del Congreso y del Presidente de la República del Perú para celebrar tratados: reflexiones a partir de la suscripción del Tratado de Extradición entre Perú y Francia. *Ius et Veritas*, 52, pp. 356-369.
29. MEZARINA GARCÍA, S. J. & ROSALES ZAMORA, P. C. (2019). Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional. *Derecho PUCP*, (82), pp. 371-406
30. MONTOTOY CHÁVEZ, V. & FEIJÓO CAMBIASO, R. (2015). El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos. *Ius et Veritas*, 50, pp. 314-343.
31. MONTOTOY CHÁVEZ, V.; QUISPE ASTOQUILCA, C. & CHILO GUTIÉRREZ, E. (2015). *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014)*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú.

32. MORALES GODO, J. (2000). Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. Análisis jurídico-político comparativo. *Derecho PUCP*, 53, pp. 65-88.
33. NEGRO ALVARADO, D. M. (2020). El principio del control convencional. Desafíos en el marco del derecho internacional. *Agenda Internacional*, 27(38), pp. 193-223.
34. NOVAK, F. & GARCÍA CORROCHANO, L. (2016). *Derecho Internacional Público. Introducción y Fuentes*. 2ª edición. Lima: Thomson Reuters, tomo I.
35. NOVAK TALAVERA, F. (1994). Los tratados y la Constitución Peruana de 1993. *Agenda Internacional*, 1(2), pp. 71-94.
36. NOVAK TALAVERA, F. (1998). La regulación de los tratados en la Constitución peruana de 1993. *Ius et Veritas*, 9(17), pp. 250-269.
37. REMIRO BROTONS, A. (1997). *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill.
38. REUTER, P. (1999). *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: Fondo de Cultura Económica.
39. RUBIO CORREA, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo 3.
40. RUBIO CORREA, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. *Pensamiento Constitucional*, 5(5), pp. 99-113.
41. SACO CHUNG, V. (2008). Resolución de conflictos normativos en Derecho Internacional Público. *Agenda Internacional*, 15(26), pp. 231-261.
42. SALMÓN, E. (2003). Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución. *Pensamiento Constitucional*, 9(9), pp. 149-184.
43. SALMÓN GÁRATE, E. (2002). Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. *Agenda Internacional*, 7(16), pp. 59-81.
44. ULFSTEIN, G. (2012). The Relationship Between Constitutionalism and Pluralism. *Goettingen Journal of International Law*, 4(2), pp. 575-583.
45. VILLEGAS DELGADO, C. (2013). La preeminencia del derecho en derecho internacional: elementos para una definición. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 13, pp. 267-310.
46. VILLIGER, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Tendenze e qualche elemento di novità a riguardo della correzione di omissioni o errori materiali contenuti nelle pronunce della Corte costituzionale italiana

✍ SAULLE PANIZZA*

1. La previsione normativa relativa alla correzione di omissioni o errori materiali contenuti nelle pronunce della Corte costi- tuzionale italiana

365

Le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, fin dalla prima formulazione del 1956, stabilivano che la Corte costituzionale potesse “provvede(re) alla correzione delle omissioni o degli errori materiali delle sentenze e delle ordinanze, anche d’ufficio, in camera di consiglio con ordinanza, previo avviso alle parti costituite” (art. 21, comma 1)¹. Dopo la completa riscrittura delle Norme integrative

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa.

1 L’articolo proseguiva prevedendo che “l’ordinanza di correzione è annotata sull’originale della sentenza o dell’ordinanza corretta” (comma 2) e che “qualora si tratti di sentenza, che abbia dichiarato l’illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, si applicano all’ordinanza di correzione le norme dell’art. 30, commi primo e secondo, della legge 11 marzo 1953, n. 87” (comma 3), vale a dire le forme di pubblicità previste per le pronunce della Corte (pubblicazione del dispositivo sulla Gazzetta Ufficiale in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, nonché comunicazione alle Camere e ai Consigli regionali interessati). Su quest’ultimo aspetto sarebbero poi intervenuti il d.P.R. n. 1092/1985 e il d.P.R. n. 217/1986, imponendo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale di tutte le pronunce della Corte.

operata nel 2008², la previsione è ora contenuta nell'art. 32, in termini sostanzialmente identici³.

Si tratta di uno strumento fondamentale ricalcato, seppur con alcune varianti, sugli analoghi istituti previsti in altri processi (civile, penale, amministrativo), dove esso ha alle spalle, com'è naturale, una più lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale⁴.

Nel caso della giustizia costituzionale, si è osservato in generale che la Corte ha fatto un uso di esso piuttosto parsimonioso e sono anche poche le ipotesi in cui vi è stata una puntuale riflessione sul potere in questione, in termini di presupposti per ricorrervi e caratteristiche di esso⁵. Si tratta, oltre tutto, almeno per i primi due, di casi ormai piuttosto datati e dove comunque la Corte non si diffonde in maniera particolare sul tema⁶.

- 2 Su cui si veda, in generale, E. Malfatti - S. Panizza - R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, sesta edizione, Torino, 2018, 42 ss.
- 3 Accanto a un rilievo minimo di *drafting* (il venir meno della virgola nel comma 3 dopo la parola "sentenza"), si può segnalare la differente collocazione sistematica dell'istituto. Inizialmente posto nel Capo primo, dedicato al giudizio in via incidentale, con richiami ad esso operati in riferimento alle altre funzioni della Corte (art. 25 per i giudizi in via principale, art. 26 per i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, art. 27 per i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni), l'istituto si trova ora nel Capo IV, dedicato alle disposizioni finali. La prima ordinanza di correzione che si richiama al "nuovo" art. 32 delle Norme integrative è costituita dalla n. 212/2009.
- 4 Una compiuta ricostruzione dell'errore materiale nell'elaborazione della dottrina, in particolare processualcivile, si trova in S. Boccagna, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti*, Napoli, 2012, cui si rinvia anche per i richiami alla giurisprudenza più significativa formatasi in materia, soprattutto della Corte di cassazione, nonché per ulteriori indicazioni bibliografiche; per utili richiami comparativi, v. L. P. Comoglio, *Inopugnabilità e limiti di correzione delle pronunzie costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1991, 1523 ss.
- 5 Un esame della relativa giurisprudenza, dagli inizi fino al 1990, è condotto da R. Romboli, *Il contrasto fra motivazione e dispositivo come presupposto della correzione di errori materiali ed efficacia della interpretazione da parte della Corte di proprie precedenti decisioni*, *ibid.*, 686 ss.
- 6 Il primo fu l'ord. n. 17/1959 (*id.*, 1959, 299, con osservazioni di E. Cheli), allorché la Corte rigettò la domanda di correzione avanzata da una parte, "considerato che non sussiste nella sentenza il lamentato errore materiale e di calcolo, né omissione ..., perché nella sentenza non vi ha alcuna svista od espressione non corrispondente a quello che la Corte effettivamente volle, od alcuna omissione; onde manca il presupposto stesso per procedere a correzione"; il secondo è costituito dall'ord. n. 163/1973 (*id.*, 1973, 1771 ss., con osservazioni di S. Grassi, *Correzione o interpretazione autentica delle sentenze della Corte costituzionale?*; sulla vicenda in oggetto, già prima, v. G. Zagrebelsky, *Errore*

E' invece solo in un caso occorso a inizio anni novanta del secolo scorso, dopo più di trent'anni dall'inizio del funzionamento della giustizia costituzionale, che la Corte offre un proprio pensiero ricostruttivo sul potere di correzione delle omissioni e degli errori materiali contenuti nelle proprie pronunce.

Esso è rappresentato dall'ord. n. 524/1990, in cui la Corte offre, in primo luogo, una sorta di interpretazione autentica del concetto di "parti costituite" cui si riferiscono, sul punto, le Norme integrative, vale a dire quelle del giudizio la cui pronuncia è oggetto di eventuale correzione. Ribadisce, quindi, che "spetta a questa Corte provvedere anche d'ufficio alla correzione delle omissioni e degli errori materiali della sue pronunce, comunque ne venga a conoscenza, e quindi anche a seguito di mera segnalazione o denuncia". Nella pronuncia si avanza poi, per la prima volta in maniera esplicita, un rapporto tra il potere di correzione e il principio costituzionale secondo cui contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione: si osserva, infatti, che "tenuto conto sia del tenore della disposizione racchiusa nell'art. 21 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, che del principio generale di inimpugnabilità delle decisioni della Corte di cui all'art. 137, terzo comma, della Costituzione, va adottata una lettura rigorosa della prima delle due disposizioni, nel senso di ritenerne oggetto le sole inesattezze e omissioni all'evidenza del tutto estranee al procedimento logico-volitivo seguito nella decisione della Corte"⁷.

di fatto e sentenze dalla Corte costituzionale, id., 1967, 1510 ss.), dove la Corte osservò che l'efficacia *erga omnes* delle proprie pronunce "postula la necessità che sia la Corte stessa, indipendentemente dall'impulso di parte, a provvedere d'ufficio alla correzione delle omissioni e degli errori di quelle sue pronunce, comunque ne venga a conoscenza; che, in conseguenza, il tribunale ... esattamente ha ritenuto di poter segnalare a questa Corte, al fine di stimolarne l'esercizio delle attribuzioni di cui all'art. 21 delle Norme integrative, il dubbio circa l'errore materiale".

- 7 Per una ricostruzione della portata dell'ord. n. 524/1990 ai fini della configurazione dell'istituto, oltre a R. ROMBOLI, *Il contrasto fra motivazione e dispositivo come presupposto della correzione di errori materiali ed efficacia della interpretazione da parte della Corte di proprie precedenti decisioni*, cit., 688 in particolare, sia consentito rinviare a S. PANIZZA, *Una analisi giurisprudenziale sulla correzione delle omissioni o degli errori materiali contenuti nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, 1647 ss., riguardante l'analisi della giurisprudenza

Nei trent'anni successivi la Corte ha pronunciato varie decine di ordinanze di correzione, arrivate a oltre centoventi dall'inizio del suo funzionamento, che verranno esaminate nelle pagine che seguono. Nell'insieme, si tratta di una giurisprudenza che conferma i caratteri di fondo dell'istituto, ma che non manca di proporre, soprattutto negli anni a noi più vicini, elementi di novità e interesse.

2. Un esame quantitativo: le ordinanze di correzione, le pronunce oggetto di correzione e il tempo intercorrente

Nei sessantacinque anni dal 1956 al 2020 la Corte costituzionale ha prodotto circa ventunmila tra sentenze e ordinanze. Di queste, 126 sono ordinanze di correzione degli errori, con una percentuale, dunque, dello 0,6% sul totale ⁽⁸⁾. In pratica, ogni centosettanta pronunce ve ne

costituzionale fino al 2014. Rispetto ad essa, il presente scritto si pone nei termini di un aggiornamento alla luce dei sei anni successivi, sia nel senso di ragguagliare l'esame delle molte ordinanze di correzione nel frattempo intervenute, sia di evidenziare i profili di novità emersi in alcune di esse in particolare.

- 8 Si tratta, in ordine cronologico, delle ordd. nn. 17/1959, 156/1972, 163/1973, 257/1976, 274/1976, 150/1977, 151/1977, 152/1977, 92/1980, 118/1980, 131/1980, 172/1980, 173/1980, 66/1985, 192/1985, 311/1985, 24/1986, 69/1987, 144/1987, 77/1988, 231/1988, 232/1988, 496/1988, 688/1988, 818/1988, 819/1988, 820/1988, 874/1988, 920/1988, 178/1989, 305/1989, 306/1989, 395/1989, 121/1990, 214/1990, 231/1990, 511/1990, 524/1990, 154/1991, 155/1991, 378/1991, 400/1991, 428/1991, 462/1991, 463/1991, 77/1992, 104/1992, 219/1992, 313/1992, 339/1992, 398/1992, 496/1992, 69/1993, 87/1993, 98/1993, 301/1993, 471/1993, 472/1993, 31/1994, 123/1994, 145/1994, 161/1994, 382/1994, 387/1994, 390/1994, 142/1995, 56/1997, 57/1997, 360/1999, 361/1999, 385/1999, 471/1999, 217/2001, 218/2001, 294/2001, 28/2002, 105/2002, 528/2002, 90/2003, 260/2003, 261/2003, 22/2004, 33/2004, 4/2006, 9/2007, 10/2007, 383/2008, 212/2009, 39/2011, 105/2011, 262/2011, 324/2011, 17/2012, 19/2012, 77/2012, 209/2012, 250/2012, 15/2013, 131/2014, 234/2014, 262/2014, 69/2015, 113/2016, 150/2016, 198/2016, 217/2017, 226/2017, 278/2017, 281/2017, 119/2018, 157/2018, 226/2018, 227/2018, 8/2019, 107/2019, 145/2019, 165/2019, 184/2019, 235/2019, 244/2019, 29/2020, 83/2020, 87/2020, 154/2020, 205/2020, 211/2020. A queste potrebbero essere aggiunte, in realtà, le ipotesi in cui la Corte ha disposto sulla correzione senza però ricorrere alla specifica procedura prevista: si vedano, in tal senso, la sent. n. 97/1974, nella quale la Corte corregge il dispositivo della sent. n. 158/1973 per giustificare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale poi dichiarata non fondata ("la Corte, con sent. n. 158/1973, ha avuto a decidere altra questione sullo stesso art. 6, ritenendo l'illegittimità della sua proroga nel periodo intercorrente fra il 1° gennaio 1962 e il 31 dicembre 1965. A tale periodo, e non a quello che inizia dal 1° dicembre 1958 —come per errore è detto nella indicazione

è una che corregge errori materiali od omissioni rinvenuti in precedenti sentenze o ordinanze, per una media di circa due all'anno, alla luce della produttività del nostro organo della giustizia costituzionale.

Com'è naturale, la distribuzione non è omogenea nel corso del tempo. Un quadro riassuntivo è offerto dal grafico che segue.

Grafico 1. Distribuzione delle ordinanze di correzione per anno di attività della Corte



Come si può osservare, in ben 28 anni su 65 non si conta nessuna ordinanza di correzione degli errori, anche se il dato si concentra soprattutto agli inizi del funzionamento della Corte (ben 23 volte nei primi trent'anni). Negli ultimi vent'anni, dal 2001 in avanti, soltanto in due occasioni non si sono registrate ordinanze di correzione, nel 2005 e nel 2010.

contenuta nel suo dispositivo— si riferiscono in realtà gli effetti della dichiarazione di illegittimità della proroga del citato art. 6, di cui alla detta sentenza”); e la sent. n. 200/1987, nella motivazione della quale si sottolinea come non possa “accedersi alla richiesta di correzione dell’”errore materiale” nel quale sarebbe incorsa la sentenza di questa Corte n. 32/1975 allorché, nel dispositivo, avrebbe usato la parola “commerciale” in luogo di quella “imprenditoriale”. Di queste pronunce, tuttavia, si è deciso di non tener conto nelle statistiche che si presentano nel testo, dal momento che esse non costituiscono formale applicazione del potere previsto (dapprima nell’art. 21 e ora) nell’art. 32 delle Norme integrative.

L'anno in cui si è osservato il maggior numero di ordinanze di correzione è il 1988 (ben 10) ed è, più in generale, il periodo immediatamente successivo allo smaltimento dell'arretrato quello in cui si concentra il numero più elevato: oltre un terzo del totale delle ordinanze (46) si collocano nei sette anni dal 1988 al 1994. Altro periodo particolarmente significativo è costituito dagli ultimi dieci anni, allorché si contano 38 ordinanze di correzione⁹.

Le 126 ordinanze esaminate sono, nella stragrande maggioranza dei casi, provvedimenti che riconoscono (qualora vi sia stata segnalazione) o comunque rinvencono (anche d'ufficio e indipendentemente da un impulso di parte) l'errore o l'omissione e dispongono la correzione, mentre solo in tre casi, a fronte di un'istanza presentata, essa è stata rigettata: oltre alle ordd. nn. 17/1959 e alla 524/1990, già citate, è quanto accaduto con l'ord. n. 154/1991.

370

Va poi considerato, ed è questo uno degli elementi di novità recenti, che, a partire dal 2015, la Corte ha talora utilizzato un'unica ordinanza di correzione per intervenire su più provvedimenti contemporaneamente (finora in tre occasioni: ordd. nn. 69/2015, 226/2017, 226/2018), con la conseguenza che le 123 ordinanze che dispongono effettivamente la correzione si riferiscono, in realtà, a 131 tra precedenti sentenze e ordinanze. Si tratta, volendo evidenziare alcune tendenze relative ai provvedimenti oggetto di correzione, di 17 pronunce fino al 1986, con poi un incremento notevole in occasione dello smaltimento dell'arretrato (45 negli otto anni dal 1987 al 1994); oltre la metà (69) sono concentrate dopo il 1995, di cui 44 tra il 2011 e il 2020. Un quadro riassuntivo è offerto dal grafico che segue.

9 In un quadro, oltre tutto, di progressiva riduzione della "produttività" della Corte, in media al di sotto delle trecento pronunce all'anno: cfr. E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 63 ss.

Grafico 2. Distribuzione delle pronunce oggetto di correzione per anno di attività della Corte

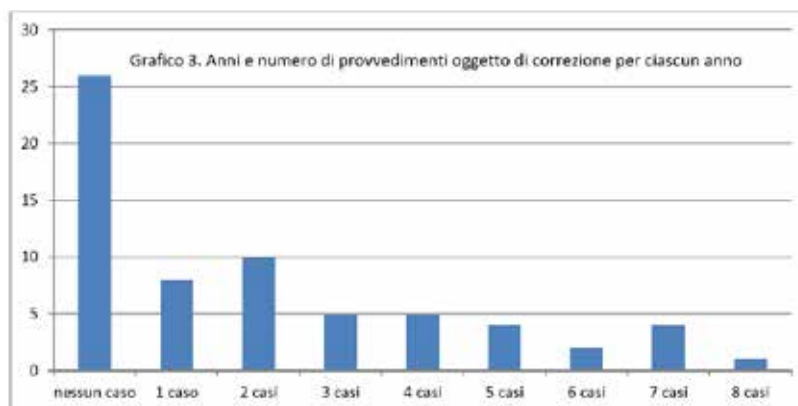


Come si può osservare, in ben 26 anni su 65 non si conta nessuna pronuncia oggetto di correzione degli errori, pur se il dato si concentra, anche in questo caso, soprattutto agli inizi del funzionamento della Corte (ben 22 volte nei primi trent'anni). Negli ultimi vent'anni, dal 2001 in avanti, soltanto in tre occasioni non si sono registrate (ad oggi) pronunce bisognose di correzione, nel 2004, nel 2007 e nel 2013.

L'anno in cui si è osservato il numero maggiore è, non a caso, il 1988, in piena fase di smaltimento dell'arretrato, allorché, va ricordato, si superarono i mille provvedimenti emanati dalla Corte: 8 di essi sarebbero stati oggetto di correzione nei mesi ed anni successivi. A seguire, in quattro anni si è raggiunto il numero di 7 provvedimenti poi corretti (nel 1991, nel 1992, nel 1993 e, l'ultima volta, nel 2019). Il grafico che segue descrive la relativa distribuzione.

371

Grafico 3. Anni e numero di provvedimenti oggetto di correzione per ciascun anno



Un ultimo dato quantitativo che appare significativo evidenziare riguarda il tempo intercorrente tra l'ordinanza di correzione e la pronuncia corretta. Nella stragrande maggioranza dei casi (118 su 123) la correzione è intervenuta nello stesso anno o in quello immediatamente successivo. Sono soltanto 5 le ipotesi in cui ciò non è accaduto, con ritardi comunque contenuti, salva un'eccezione, entro i quattro anni¹⁰.

3. Le ordinanze di correzione in relazione al tipo di giudizio e al tipo di provvedimento

Come ricordato, le 123 ordinanze che dispongono effettivamente la correzione si riferiscono, in totale, a 131 tra precedenti sentenze e ordinanze.

Il dato di insieme può essere analizzato in relazione innanzitutto al tipo di giudizio.

372

Le pronunce oggetto di correzione sono state emanate in 84 casi nel corso di giudizi di legittimità in via incidentale (64,12%), in 34 casi in giudizi di legittimità in via principale (25,95%), in 9 casi in conflitti di attribuzione tra enti (il primo fu nel 1988), in 4 casi in conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato (il primo nel 1999), mentre non se ne registrano riferite al giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo.

Se si raffronta il dato con quello relativo al complesso della giurisprudenza costituzionale, si può osservare una significativa sovrapposizione: circa il 90% delle correzioni riguardano, infatti, il giudizio di legittimità sulle leggi e gli atti aventi forza di legge (che costituisce a sua volta il 90% dell'intera giurisprudenza della Corte), un po' meno del 7% delle correzioni riguardano il conflitto tra enti (che rappresenta a sua volta circa il 5%

10 La sola ipotesi, in vero assai risale, in cui si è registrato un ritardo molto consistente (12 anni) fu in occasione dell'ord. n. 163/1973, relativa alla sent. n. 79/1961, che si caratterizzò anche per una singolare formula del dispositivo, mediante il quale la Corte, dopo aver riconosciuto che "effettivamente il denunciato errore sussiste" e che, in forza di quanto espressamente scritto nella parte motiva della sentenza, l'estensione della dichiarazione di illegittimità a una parte ulteriore della disposizione "non può che essere frutto di errore materiale", concludeva nel senso di "ordinare" la correzione (in luogo della formula tradizionalmente usata, per cui la Corte "dispone" che l'errore sia corretto).

dell'intera giurisprudenza della Corte), il 3%, infine, il conflitto tra poteri (che rappresenta a sua volta circa il 3% dell'intera giurisprudenza).

Con riguardo al tipo di provvedimento, la giurisprudenza della Corte mostra, come noto, un andamento assai altalenante nel corso del tempo. A una prima fase di netta prevalenza delle sentenze ne è seguita un'altra, nel periodo dello smaltimento dell'arretrato, in cui le ordinanze –in particolare di manifesta infondatezza e di manifesta inammissibilità– sono state utilizzate con tale frequenza che il loro numero ha finito per sopravanzare in maniera consistente quello delle sentenze, ridotte a poco più di un terzo del totale dei provvedimenti emanati. Una progressiva inversione di tendenza si era registrata negli anni successivi, allorché le sentenze avevano nuovamente sopravanzato le ordinanze, per poi assistersi, però, a un deciso calo a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso. Un mutamento del *trend* si è nuovamente registrato negli anni a seguire, non però grazie al giudizio in via incidentale ma al maggior peso degli altri giudizi, soprattutto quello in via principale, e al minor utilizzo in essi dell'ordinanza (oltre che della camera di consiglio). In particolare, se osserviamo gli anni dal 2013 in avanti, la percentuale delle sentenze ha sempre superato il 60%.

373

Se si esamina l'intera serie storica, comunque, il numero delle sentenze è di poco superiore al 50% del totale.

Ebbene, a fronte di questo dato complessivo, i 131 provvedimenti oggetto di correzione sono invece costituiti in netta prevalenza da sentenze (ben 104) e solo in un quinto dei casi (27) da ordinanze.

Le ragioni alla base possono essere molteplici e certamente non trascurabile appare il maggior grado di complessità che normalmente caratterizza le sentenze (ciò che aumenta la possibilità di errori e omissioni), a fronte della motivazione succinta propria delle ordinanze (*ex art. 18, l. n. 87/1953*). Si consideri, inoltre, il significativo aumento delle pronunce in via principale a seguito della riforma costituzionale del Titolo V della Parte II della Costituzione, spesso caratterizzate da una molteplicità di questioni e da un numero talora assai elevato di dispositivi¹¹.

11 Se prendiamo in esame i casi di correzione successivi al 2001 (anno di entrata in vigore della revisione costituzionale), circa i due quinti sono, infatti, relativi a giudizi in via principale.

4. La relazione-redazione delle ordinanze di correzione

Con riguardo alla tematica del giudice relatore-redattore dei provvedimenti, è noto come, in generale, il funzionamento del nostro sistema di giustizia costituzionale abbia evidenziato vari profili di interesse, soprattutto a partire dalla deliberazione del 1987 con cui la Corte ha modificato la norma sulla sottoscrizione dei provvedimenti, non più ad opera di tutti i giudici ma limitata al Presidente e al giudice redattore. Molto si è quindi ragionato sui poteri ad esso affidati, sui criteri di scelta, con il connesso tema della “specializzazione” per materie, fino agli aspetti più recenti, con i casi –non trascurabili– di dissociazione tra giudice relatore e giudice redattore¹².

374

In riferimento al tema che ci occupa, la circostanza che si immaginerebbe più fisiologica e naturale, vale a dire che l’ordinanza di correzione sia affidata alla relazione-redazione del medesimo giudice a suo tempo relatore-redattore della pronuncia oggetto di correzione, è in effetti quella che si è verificata nella stragrande maggioranza delle ipotesi. Nei pochi casi in cui ciò non si registra, la relazione-redazione è stata affidata a un giudice diverso perché, a seguito del tempo intercorso, il giudice relatore-redattore della sentenza o dell’ordinanza non risultava più nei ranghi della Corte al momento di dover provvedere alla correzione.

In epoca recente, la circostanza della coincidenza del giudice relatore-redattore per ordinanza di correzione e provvedimento da correggere ha trovato conferma anche in riferimento a due dei tre casi di utilizzo di un’unica ordinanza per correggere più provvedimenti contemporaneamente (ordd. nn. 226/2017 e 226/2018)¹³. Non, invece, nel caso dell’ord. n. 69/2015, redatta dal Presidente (Criscuolo), la quale ha corretto la

12 Per una ricostruzione dei vari profili, cfr. E. Malfatti - S. Panizza - R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 71 ss. e 80 ss.

13 L’ord. n. 226/2017 (redattore Carosi) corregge le ordd. nn. 202 e 203 del 2017, redatte dal medesimo giudice; analogamente, l’ord. n. 226/2018 (sempre redattore Carosi) corregge le sentt. nn. 103/2017, 113 e 178 del 2018, redatte dallo stesso giudice (sostituendo in tutti e tre i casi –due giudizi in via principale, uno in via incidentale– le parole “Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare” con “Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo”).

data di decisione di sei precedenti pronunce (dalla 10 alla 15 del 2015), che erano state oggetto di redazione da parte di sei differenti giudici ⁽¹⁴⁾.

5. Le ordinanze di correzione in relazione alla parte della pronuncia su cui intervengono e al tipo di correzione

Un elemento di rilievo per operare una classificazione delle ordinanze di correzione è rappresentato dalla parte della pronuncia oggetto di correzione. Si tratta di un aspetto che risulta avere, è inevitabile, molti punti di contatto con la sostanza e il merito delle correzioni operate, ma che qui si esaminerà esclusivamente nei suoi profili, potremmo dire, formali.

Quale punto di partenza dell'analisi è possibile utilizzare la struttura della pronuncia della Corte, quale precisata, in termini generali, dallo stesso organo¹⁵:

- *Estremi* (numero e data della decisione),
- *Epigrafe* (giudici che compongono il collegio deliberante, giudice relatore, date delle udienze e camere di consiglio in cui fu discussa la questione, estremi degli atti che hanno promosso la questione, delle autorità rimettenti o ricorrenti e degli atti impugnati),
- *Fatto* ("ritenuto in fatto" ovvero ricostruzione della vicenda che ha dato luogo al giudizio definito dalla sentenza),
- *Motivazione* ("considerato in diritto" ovvero esplicazione dei motivi che inducono ad adottare un tipo di decisione (o più decisioni) in relazione (alla o) alle questioni portate davanti alla Corte),

14 Le date interessate sono in concomitanza con l'elezione dell'allora giudice Sergio Mattarella a Capo dello Stato, circostanza che forse può aver avuto qualche ruolo nel concorrere a determinare le inesattezze poi oggetto di correzione mediante la pronuncia segnalata; per le vicende di quel periodo, v. S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2014-2016), Torino, 2017, 1 ss. e, in particolare, 7.

15 Si può vedere al riguardo *Che cosa è la Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, un volumetto giunto alla nona edizione, con l'aggiornamento curato nel 2020, p. 80.

- *Dispositivo* (decisioni adottate, sottoscrizione del presidente e del giudice).

Esaminando il complesso delle ordinanze di correzione, solo una di esse (l'ord. n. 69/2015, cit.), si riferisce agli "estremi", riguardando in particolare, come ricordato, la data delle pronunce oggetto di correzione¹⁶.

Con riferimento agli ulteriori segmenti, l'epigrafe è risultata oggetto di correzione in 14 casi, nella maggior parte delle occasioni (10) insieme ad altre parti della pronuncia¹⁷.

Con riferimento al fatto, esso è risultato oggetto di correzione in 26 casi, nella maggior parte delle occasioni (21) insieme ad altre parti della pronuncia.

Con riferimento alla motivazione, essa è risultata oggetto di correzione in 64 casi, in poco più di una metà delle occasioni (33) insieme ad altre parti della pronuncia.

376

Con riferimento, infine, al dispositivo, esso è risultato oggetto di correzione in ben 82 casi, in oltre la metà delle occasioni (44) senza che la correzione riguardasse anche altre parti della pronuncia. Da notare, ancora, come nella metà dei casi di correzione riguardanti il dispositivo (41 su 82) si trattasse di dispositivi di illegittimità costituzionale, con tutta la delicatezza che ne può conseguire in ordine agli effetti e alla decorrenza degli stessi nel tempo¹⁸.

16 In particolare, nella sent. n. 10/2015 la data della decisione "9 febbraio 2015" è sostituita da "13 gennaio 2015"; nella sent. n. 11/2015 la data della decisione "9 febbraio 2015" è sostituita da "27 gennaio 2015"; nell'ord. n. 12/2015 la data della decisione "9 febbraio 2015" è sostituita da "28 gennaio 2015"; nella sent. n. 13/2015 la data della decisione "9 febbraio 2015" è sostituita da "27 gennaio 2015"; nella sent. n. 14/2015 la data della decisione "9 febbraio 2015" è sostituita da "28 gennaio 2015"; nella sent. n. 15/2015 la data della decisione "11 febbraio 2015" è sostituita da "27 gennaio 2015".

17 Una singola ordinanza di correzione può riferirsi, com'è ovvio, a più parti contemporaneamente della pronuncia da correggere, vuoi perché l'errore o l'omissione sono ripetuti, vuoi perché compaiono differenti refusi e inesattezze in "luoghi" diversi del documento.

18 Per alcune riflessioni in dottrina, v. R. TURRI, *Ordinanze di (non) correzione di errori materiali: rimozione di un mero "lapsus calami" o strumento di interpretazione?*, in *Caro Professore ... Omaggio degli allievi a Alessandro Pizzorusso*, Pisa, (1991), 131 ss. e, in particolare, 137.

Sempre a fini classificatori, un qualche rilievo potrebbe rivestire, in astratto, il tipo di correzione, partendo dalla distinzione contenuta nel dato normativo tra “omissioni” ed “errori” (anche senza volersi addentrare in considerazioni di tipo teorico se la “materialità” sia, o meno, un carattere altresì riferibile alle omissioni, oltre che agli errori)¹⁹.

Nei fatti, però, l’esame della giurisprudenza costituzionale non sembra evidenziare un particolare approfondimento su tali punti.

La stragrande maggioranza dei provvedimenti esaminati si riferisce al concetto di errore materiale. Pochi i casi in cui si utilizza il concetto di omissione (ord. n. 156/1972) o di omissione materiale (ordd. nn. 257/1976, 69/1987, 301/1993, 472/1993, 145/2019). In qualche altro caso compaiono espressioni riferite a entrambi i termini (di “errore materiale di omissione” si parla, ad es., nell’ord. n. 66/1985, di “errori e omissioni materiali” nell’ord. n. 87/2020). In definitiva, il concetto di errore materiale sembra quello in grado di abbracciare le varie ipotesi di intervento correttivo effettuate dalla Corte, anche quando, a rigore, esso avrebbe forse potuto configurarsi o esprimersi in termini diversi²⁰.

377

Ancora qualche breve riflessione, in chiusura di questa analisi.

Si osservano talune ordinanze in cui la Corte pare voler giustificare l’errore occorso, ascrivendolo a cause in qualche misura estranee al collegio. E’ il caso, ad es., delle ordd. nn. 87/1993 e 98/1993, dove viene detto, con identica formula, che l’errore è “dipendente dalla riproduzione meccanica del testo depositato della sentenza medesima”²¹.

19 Sulla questione ad esempio derivante dalla differente formulazione tra l’art. 473 del c.p.c. del 1865 e l’art. 287 del c.p.c. del 1940, con l’esplicito richiamo nel secondo alla “materialità”, non presente invece nella previsione più risalente, si sofferma S. Boccagna, op. cit., 11 ss.

20 Per l’esame di alcuni casi si rinvia a S. PANIZZA, *Una analisi giurisprudenziale sulla correzione delle omissioni o degli errori materiali*, cit., 1647 ss.

21 Nel caso dell’ord. n. 98/1993, peraltro, la giustificazione suscita qualche perplessità. L’errore materiale che la Corte corregge consiste nella sostituzione delle parole “In proposito è opportuno premettere” con le parole “Per quel che riguarda il riferimento agli artt. 117 e 118 della Costituzione, va rilevato”. In sostanza, il ricorrente sollevava la questione di legittimità costituzionale con riguardo a quattro parametri (artt. 117, 118, 119 e 97

Si rinvencono, infine, alcune affermazioni, magari incidentali, più spesso in epoca recente, che sembrerebbero far implicitamente riferimento a una sorta di soglia, sotto la quale potrebbe forse non scattare l'obbligo di provvedere alla correzione dell'errore riscontrato. E' il caso, ad es., dell'ord. n. 383/2008, allorché si dà conto in motivazione di aver ravvisato la necessità di correggere l'errore materiale "nonostante si tratti di una pronuncia di non fondatezza, che non incide quindi sull'efficacia delle disposizioni impugnate" (formula identica si rinviene nell'ord. n. 262/2011). Ancora, dell'ord. n. 39/2011, dove la necessità di correggere gli errori viene ravvisata "nonostante la disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima sia inequivocabilmente individuata dal tenore della motivazione, nonché dalla corretta indicazione di mese, anno, numero e titolo della legge", ma evidentemente non del giorno. O dell'ord. n. 105/2011, che opera una correzione della motivazione "nonostante si tratti di una mera ordinanza di estinzione del processo" (dove sembra, addirittura, di avvertire un certo fastidio nell'avervi dovuto provvedere).

378

Ad oggi, peraltro, tutto questo non sembra essersi tradotto in ipotesi di modifica formale della previsione contenuta nelle Norme integrative, né ha avuto una qualche ricaduta sulla giurisprudenza della Corte, la quale continua a mostrare un utilizzo dell'istituto piuttosto parsimonioso e in ogni caso vario, per correggere sia meri errori marginali, sicuramente ininfluenti, sia passaggi nevralgici delle pronunce, inclusi, come ricordato, di dispositivi di illegittimità costituzionale.

Cost.); mentre l'esame alla luce degli artt. 119 e 97 viene condotto in fine al punto 2 del *Considerato in diritto*, la questione in ordine agli artt. 117 e 118 è appunto oggetto della correzione. Come, però, la dimenticanza di un richiamo esplicito ad essi sia frutto della "riproduzione meccanica del testo" appare difficile da comprendere. Forse l'unico appiglio in tal senso è costituito dal fatto che il periodo incriminato (il secondo) inizia in maniera pressoché identica al terzo ("In proposito è opportuno premettere ..." e "In proposito è opportuno precisare ..."), ma, anche ammettendo ciò, il mancato richiamo dei due parametri pare frutto di un "normale" errore.

L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana

Un tentativo di classificazione
partendo dalla giurisprudenza del periodo 2005-2020

✍ PAOLO PASSAGLIA*

Premessa

Il professor Romboli mi ha insegnato molte cose. Fin da quando frequentavo il primo anno della (allora) Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa. Correva l'anno accademico 1992/1993.

379

Mi sono interrogato a lungo sull'argomento che avrei potuto scegliere per omaggiarlo in questo volume. Un argomento che potesse dare un'idea di quanto i suoi insegnamenti abbiano orientato le mie ricerche (e non solo). Alla fine ho scelto un tema che, almeno in apparenza, attiene a un tipo di studi che non è al centro dei suoi interessi. All'apparenza; perché, in realtà, il modo di leggere, di sistematizzare e di cogliere il non detto dalle pronunce della Corte costituzionale è una delle doti che al professor Romboli vengono da tutti riconosciute.

Essendo un grande Maestro, ha insegnato il metodo ai suoi allievi. Le pagine che seguono sono un tentativo di dimostrare che ho appreso la sua lezione. Ovviamente, se leggendo affiorassero dubbi, *si sappia sin da ora che i problemi non vengono dal docente, ma esclusivamente dal discente.*

* Professore ordinario di Diritto comparato, Università di Pisa. Coordinatore scientifico *pro tempore* dell'Area di diritto comparato della Corte costituzionale della Repubblica Italiana.

1. Delimitazione del tema

L'accostamento tra la Corte costituzionale italiana ed il diritto comparato è una tematica su cui la scienza comparatistica si è a lungo interrogata (e continua ad interrogarsi), a partire da alcuni studi pionieristici¹, che hanno gettato le basi per lo sviluppo di un filone dottrinale piuttosto ricco. Un filone che ha visto, nel primo decennio del XXI secolo, una vera e propria “fiammata” di interesse², salvo poi almeno in qualche misura ripiegarsi, quando, negli ultimi anni, l'attenzione della dottrina italiana è parsa scemare parzialmente³. Non che la problematica

- 1 Il riferimento va, in particolare, a L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quad. cost.*, 1987, p. 601 ss., ed a L. PEGORARO e P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, p. 411 ss. Tra gli altri autori, v., in una prospettiva più ampia rispetto alla giurisprudenza costituzionale, A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano 2001.
- 2 Cfr., segnatamente, ancora L. PEGORARO, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in G.F. FERRARI e A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli 2006, p. 477 ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna 2006; G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano 2006, e, in special modo, P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, *ivi*, p. 15 ss.; A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, p. 125 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La giurisprudenza della Corte costituzionale e il diritto comparato della responsabilità civile*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 273 ss. V., altresì, il dibattito a distanza tra Vincenzo Zeno-Zencovich ed Antonio Baldassarre sulla rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*: V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, *ivi*, 2005, p. 1993 ss.; A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, *ivi*, 2006, p. 983 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una postilla ad Antonio Baldassarre*, *ivi*, 2006, p. 992 ss. Nella letteratura straniera, v., *ex multis*, G. CANIVET, M. ANDENAS e D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Comparative Law Before the Courts*, London 2005; M.C. PONTTHOREAU, *Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 7 ss.; B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Oxford – Manchester 2006; B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé. Histoire des trente-cinq dernières années*, Paris 2006.
- 3 Pur con qualche eccezione: v., ad es., A. PIN, *Perché le Corti comparano?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, p. 1429 ss.; D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2019, nonché, volendo, P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una*

sia divenuta negletta: l'approccio si è andato facendo, semmai, più generale, assumendo la forma matura di una "comparazione su (l'uso de) la comparazione" da parte delle diverse corti di vertice, Corte costituzionale inclusa, ovviamente⁴.

Il presente contributo non aspira ad inserirsi tra i lavori di taglio di più ampio che hanno connotato il passato più recente, ma intende, semmai, riprendere gli studi più risalenti, ponendosi nel loro solco al fine di costituirne, per certi versi, una sorta di aggiornamento. Oggetto precipuo di analisi sarà, infatti, esclusivamente la giurisprudenza della Corte costituzionale. Anzi, la delimitazione sarà ancora più rigida, dal momento che verranno presi in considerazione soltanto gli anni più recenti, cioè gli ultimi sedici (dall'inizio del 2005 alla fine del 2020, per l'esattezza). La scelta dell'arco temporale dà la misura di quanto lo scritto voglia riconoscere l'importanza e l'impatto, da un punto di vista scientifico, della "fioritura" di scritti sopra menzionata; al contempo, però, si ritiene che l'opzione compiuta possa giustificarsi anche in relazione alla minore abbondanza di analisi che sono rintracciabili per il periodo più recente, il quale, come si cercherà di dimostrare, è tutt'altro che privo di spunti di interesse.

2. Note metodologiche

Così delimitata da un punto di vista cronologico, l'analisi richiede qualche ulteriore premessa in ordine alle scelte metodologiche che la hanno orientata e che non potranno non avere significative conseguenze anche con riguardo agli esiti cui può condurre.

analisi (molto) sineddotica, una conclusione (quasi) sinestetica, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 11-13 maggio 2017, Napoli 2018, p. 63 ss.

4 Tra i lavori (relativamente) recenti sul tema, v. T. GROPPi e M.C. PONTTHOREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford 2013; A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques. Le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand 2011; T. DI MANNO (a cura di), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles 2014; G.F. FERRARI (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden-Boston 2019.

Non stupisce che l'uso della comparazione da parte delle corti sia uno dei temi più in voga nel dibattito comparatistico. In molti casi (*id est*, per molte corti), si tratta di un argomento in cui l'elaborazione teorica ha modo di confrontarsi con dati reali, misurabili, riscontrabili: è uno dei non frequentissimi casi in cui la dottrina giuridica può aspirare a far uso di criteri di verifica non troppo lontani da quelli propri di discipline scientifiche tradizionalmente più empiriche. Non è, dunque, una mera coincidenza che si studino, e molto, gli approcci nei confronti della comparazione espressi dalle corti le cui sentenze, nella ricchezza di riferimenti, non lesinano i richiami ad esperienze straniere.

Non si studiano, però, soltanto queste corti: l'attenzione per la giurisprudenza costituzionale italiana ne è una dimostrazione. Le indagini sulle corti che citano “poco”, o “pochissimo”, sono molteplici e, solitamente, molto stimolanti, perché in questi casi la ricerca perde, sì, l'*atout* della verificabilità, ma diventa inevitabilmente più intrigante, nella misura in cui cerca di cogliere dal “non-detto” conclusioni che possano spiegare quello che è sovente solo immaginabile da parte dell'osservatore.

382

Per dirla in termini più espliciti, avendo riguardo ad esperienze in cui le corti appaiono “reticenti”, è chiaro che lo studio sulle citazioni di diritto comparato può avere una portata orientativa, ma non certo compiutamente descrittiva, nel senso che, pur dopo aver scandagliato tutte le pronunce e (auspicabilmente) ricostruito tutti i riferimenti, non è dato sapere “quanta comparazione” venga effettivamente svolta. In buona sostanza, qualunque analisi sull'uso della comparazione che venga condotta facendo riferimento ai riferimenti espliciti alla *lex alii loci* non può non porsi alla stregua di una sineddoche concettuale rispetto a quella che dovrebbe essere un'analisi compiuta sul tema. E, ovviamente, più una corte è “reticente”, più l'evocazione della sineddoche collima con il concetto di approssimazione. La Corte italiana, così parca di riferimenti, così cauta nel fornire dettagli, impone, in effetti, un'approssimazione di non poco momento.

Un'approssimazione che, nonostante tutto, appare comunque tollerabile, non fosse altro perché l'oggettività del criterio di misurazione consistente nelle citazioni contenute nelle decisioni lo rende –malgrado la

sua incompiutezza— un punto di partenza ineludibile. E, oltre che punto di partenza, il criterio appare sufficientemente efficace, se non per offrire riscontri validi in termini assoluti, almeno per tratteggiare linee di tendenza e per suggerire qualche valutazione in ordine a quello che è l'impatto reale della comparazione giuridica sull'attività della Corte costituzionale.

3. L'analisi quantitativa: una tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico?

Una volta operata la delimitazione dei riferimenti al diritto straniero, il risultato che emerge è dato dall'esistenza, nei sedici anni presi in esame, di 62 pronunce in cui il diritto comparato ha fatto la sua comparsa⁵.

5 L'elenco che segue costituisce il quadro di sintesi delle decisioni nelle quali sono stati rintracciati i riferimenti suscettibili di essere presi in considerazione: sentenza 26 maggio 2005, n. 199 (rel. e red. Vaccarella); ordinanza 20 gennaio 2006, n. 16 (rel. e red. Flick); sentenza 17 marzo 2006, n. 116 (rel. e red. De Siervo); sentenza 23 novembre 2006, n. 393 (rel. Flick; red. Quaranta); sentenza 23 novembre 2006, n. 394 (rel. e red. Flick); sentenza 12 ottobre 2007, n. 341 (rel. e red. Napolitano); sentenza 15 aprile 2008, n. 102 (rel. e red. F. Gallo); sentenza 30 aprile 2009, n. 125 (rel. e red. Criscuolo); sentenza 26 novembre 2009, n. 311 (rel. e red. Tesauro); sentenza 15 aprile 2010, n. 138 (rel. e red. Criscuolo); sentenza 8 luglio 2010, n. 250 (rel. e red. Frigo); sentenza 22 luglio 2010, n. 270 (rel. e red. Tesauro); sentenza 8 ottobre 2010, n. 293 (rel. e red. Tesauro); sentenza 24 novembre 2010, n. 334 (rel. e red. Cassese); sentenza 5 gennaio 2011, n. 1 (rel. e red. Maddalena); ordinanza 27 gennaio 2011, n. 32 (rel. e red. Napolitano); ordinanza 8 giugno 2011, n. 180 (rel. e red. Grossi); sentenza 25 luglio 2011, n. 245 (rel. e red. Quaranta); sentenza 24 gennaio 2012, n. 13 (rel. e red. Cassese); ordinanza 7 giugno 2012, n. 150 (rel. e red. Tesauro); sentenza 13 novembre 2013, n. 267 (rel. e red. Cassese); sentenza 22 novembre 2013, n. 278 (rel. e red. Grossi); sentenza 22 novembre 2013, n. 279 (rel. e red. Lattanzi); sentenza 13 gennaio 2014, n. 1 (rel. e red. Tesauro); sentenza 9 maggio 2014, n. 120 (rel. e red. Amato); sentenza 10 giugno 2014, n. 162 (rel. e red. Tesauro); sentenza 11 giugno 2014, n. 170 (rel. e red. Morelli); sentenza 11 giugno 2014, n. 172 (rel. e red. Cartabia); sentenza 26 settembre 2014, n. 227 (rel. e red. Criscuolo); sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 (rel. e red. Tesauro); sentenza 11 febbraio 2015, n. 10 (rel. e red. Cartabia); sentenza 5 giugno 2015, n. 96 (rel. e red. Morelli); sentenza 15 luglio 2015, n. 157 (rel. e red. Morelli); sentenza 23 luglio 2015, n. 178 (rel. e red. Sciarra); sentenza 13 aprile 2016, n. 84 (rel. e red. Morelli); sentenza 14 luglio 2016, n. 174 (rel. e red. Sciarra); sentenza 15 dicembre 2016, n. 265 (rel. e red. Cartabia); ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 (rel. e red. Lattanzi); sentenza 9 febbraio 2017, n. 35 (rel. e red. Zanon); sentenza 24 febbraio 2017, n. 43 (rel. e red. Cartabia); sentenza 26 maggio 2017, n. 123 (rel. e red. Coraggio); sentenza n. 13 luglio 2017, n. 179 (rel. e red. Cartabia); sentenza 18 gennaio 2018, n. 5 (rel. e red. Cartabia); sentenza 21 febbraio 2018, n. 33 (rel. e red. Modugno); sentenza 7 giugno 2018, n. 120 (rel. e red. Coraggio); sentenza 26 giugno 2018, n. 133 (rel. e red. de Pretis); ordinanza 16 novembre

Il numero dei riferimenti di diritto comparato che compaiono nella giurisprudenza della Corte costituzionale del periodo compreso tra il gennaio 2005 e il dicembre 2020 è incontestabilmente limitato. Tanto che le pronunce registrate parrebbero, in effetti, un dato talmente basso da rendere velleitario qualunque sforzo di analisi prettamente quantitativa.

Se, tuttavia, si adotta una prospettiva diacronica, qualche indicazione pare che possa comunque emergere, segnatamente in relazione ad una tendenza, progressivamente più marcata, all'aumento del ricorso alla comparazione: nel 2019, infatti, il numero di decisioni rilevanti è stato pari a 9, cioè il valore più elevato del periodo esaminato, seguito dalle 7 del 2014, dalle 6 del 2018, dalle 5 del 2010, del 2017 e del 2020 e dalle 4 del 2006, del 2011 e del 2015; aggregando più anni, e dividendo il periodo considerato in quadrienni, si può constatare, in effetti, una certa quale progressione, che ha portato dalle 7 decisioni degli anni 2005-2008⁶ alle 13 decisioni degli anni 2009-2012⁷, per giungere alle 17 decisioni degli anni 2013-2016⁸ e, infine, alle 25 del quadriennio 2017-2020.

384

Anticipando le risultanze della classificazione che si proporrà in seguito⁹, può constatarsi che questa tendenza al rafforzamento dell'argomento comparatistico si apprezza in maniera ancor più nitida prendendo in considerazione soltanto le 34 decisioni che saranno individuate come

2018, n. 207 (rel. e red. Modugno); sentenza 21 dicembre 2018, n. 239 (rel. e red. de Pretis); sentenza 21 febbraio 2019, n. 20 (rel. e red. Zanon); sentenza 4 marzo 2019, n. 33 (rel. e red. Antonini); sentenza 29 marzo 2019, n. 68 (rel. e red. Viganò); sentenza 9 aprile 2019, n. 78 (rel. e red. Amato); sentenza 9 aprile 2019, n. 79 (rel. e red. Barbera); sentenza 7 giugno 2019, n. 141 (rel. e red. Modugno); sentenza 25 settembre 2019, n. 214 (rel. e red. Zanon); sentenza; sentenza 3 ottobre 2019, n. 219 (rel. e red. Modugno); sentenza 20 dicembre 2019, n. 279 (rel. e red. Viganò); sentenza 11 febbraio 2020, n. 15 (rel. e red. Viganò); sentenza 26 febbraio 2020, n. 32 (rel. e red. Viganò); sentenza 23 giugno 2020, n. 120 (rel. e red. Antonini); sentenza 17 settembre 2020, n. 201 (rel. e red. Antonini); sentenza 4 dicembre 2020, n. 262 (rel. e red. Antonini).

6 Alle 4 del 2006, si deve aggiungere una decisione per anno relativamente al 2005, al 2007 ed al 2008.

7 Le 5 decisioni del 2010 e le 4 del 2011 sono state precedute e seguite dalle 2 del 2009 e del 2012.

8 I valori più elevati, corrispondenti alle 7 decisioni del 2014 ed alle 4 del 2015 sono stati preceduti e seguiti dalle 3 decisioni sia del 2013 che del 2016.

9 V. *infra*, par. 4. ss.

quelle recanti i riferimenti più pregnanti, i riferimenti, cioè, in cui può effettivamente parlarsi di un utilizzo del diritto comparato nell'ambito dell'argomentazione della Corte. ^Ebbene, in riferimento a queste 34 decisioni, l'incremento si manifesta in una forma che è lungi dal potersi ritenere anodina, con una progressione che vede i 3 casi del quadriennio 2005-2008¹⁰ crescere a 6 nel quadriennio successivo¹¹, a 9 in quello 2013-2016¹², per impennarsi a 16 in quello più recente¹³.

Certo, con numeri così modesti, è forse un po' azzardato formulare ipotesi che possano ambire ad una qualunque generalizzazione, ciò nondimeno l'evoluzione in ogni caso piuttosto univoca cui si assiste nel confronto fra i quattro segmenti temporali isolati non sembra che possa essere semplicemente derubricata ad una casualità, essendo più probabilmente il sintomo di una effettiva linea di tendenza delineabile, salva ovviamente la necessità di cercare, nel prossimo futuro, ulteriori riscontri.

4. Le funzioni assolute dai riferimenti comparatistici

385

I riferimenti comparatistici contenuti nelle decisioni della Corte non hanno –né potrebbero avere– sempre la stessa valenza. Le funzioni cui assolvono sono, anzi, piuttosto variegate, al punto che si è ritenuto di dedicare, in questo scritto, una attenzione particolare proprio alla pluralità dei possibili impieghi della comparazione. L'abbozzo di classificazione che segue è il risultato della ricerca condotta.

4.1. L'evocazione “neutra” del diritto comparato

Un buon numero di citazioni di diritto straniero si caratterizza per avere una incidenza globalmente assai modesta sull'*iter* argomentativo

10 Trattasi, più in particolare, di una decisione ciascuno per il 2006, per il 2007 e per il 2008.

11 Nel 2010 si rintracciano 4 decisioni, mentre una decisione ciascuno caratterizza il 2011 ed il 2012.

12 Nel 2014 si sono avute 4 decisioni, nel 2016 le decisioni sono state 3 ed una decisione si è avuta sia nel 2013 che nel 2015.

13 Nel 2019 le decisioni di questo tipo sono state 5, così come nel 2018, mentre nel 2017 e nel 2020 si sono fermate a 3.

della Corte. Nonostante la sua marginalità, è comunque significativo che il diritto comparato faccia la sua comparsa nella pronuncia, se non fosse perché ciò è indice dell'attenzione che ad esso viene rivolta da parte dei giudici costituzionali.

a) I riferimenti “riportati”

In un primo gruppo pronunce, possono essere inserite quelle in cui il riferimento comparatistico non è, *a rigori*, neppure ascrivibile alla Corte costituzionale. Ciò si verifica, innanzi tutto, quando esso compare, sì, nella parte in *diritto* della decisione, ma in realtà si colloca più precisamente nel c.d. “fattino”, cioè all'interno di quei paragrafi in cui la Corte ricapitola i profili della questione sottoposta dal giudice rimettente o dalla parte ricorrente. Due pronunce vengono in rilievo: quella inerente alla conversione nella patente italiana di quella rilasciata da uno Stato extracomunitario (ordinanza n. 180 del 2011) e quella relativa al sovrappollamento carcerario (sentenza n. 279 del 2013).

386

Ascrivibili alla medesima categoria sono quei riferimenti in cui l'evocazione dell'ordinamento straniero, e magari anche di alcuni suoi caratteri di fondo, è operata precipuamente in ragione del suo essere stato oggetto di una o più decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, della Commissione europea ovvero della Corte europea dei diritti dell'uomo: si pensi alla sentenza n. 116 del 2006, in cui la disciplina degli OGM è stata vagliata anche in relazione ad una decisione della Commissione europea avverso il progetto di legge di un *Land* austriaco; analogamente, nella sentenza n. 125 del 2009, in tema di aiuti di Stato, l'apertura al diritto straniero è stata veicolata dal soffermarsi della Corte costituzionale su una decisione della Corte di giustizia avente ad oggetto l'ordinamento tedesco; nella sentenza n. 245 del 2011, sul diritto a contrarre matrimonio da parte dello straniero irregolare, la Corte costituzionale ha argomentato la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione da parte della normativa che impediva l'esercizio del diritto facendo richiamo ad una sentenza della Corte europea relativa alla normativa del Regno Unito in tema di capacità matrimoniale degli stranieri; l'ordinanza n. 150 del 2012, in tema di fecondazione eterologa, ha fatto leva —onde suffragare la decisione di restituzione degli atti ai giudici *a quibus*— su una

pronuncia della *Grande Chambre* della Corte europea avente ad oggetto il sistema austriaco; nella sentenza n. 278 del 2013, l'eccessiva rigidità della normativa sulla tutela dell'anonimato della madre naturale è stata constatata anche avendo riguardo alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo in merito alla normativa francese; nella sentenza n. 178 del 2015, si è evocata l'esigenza di un equilibrio tra interessi generali e protezione dei diritti individuali che la Corte europea ha addotto in relazione alle riduzioni dei trattamenti pensionistici poste in essere dal legislatore portoghese; infine, con la sentenza n. 43 del 2017, la portata di alcune decisioni della Corte di Strasburgo in tema di sanzioni amministrative qualificabili, ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come "penali" è stata ridimensionata in riferimento alla prassi invalsa nella Repubblica democratica tedesca che tali decisioni prendevano in esame.

Più di recente, si sono avuti riferimenti di tipo ancora diverso. Il richiamo ai "principali Paesi europei" contenuto nella sentenza n. 262 del 2020 non era altro che il riflesso di una citazione testuale del documento "Ipotesi di revisione del prelievo sugli immobili", elaborato dal Dipartimento delle finanze del Ministero dell'economia e delle finanze nell'agosto 2013. Ancora più caratteristico è, però, il caso della sentenza n. 68 del 2019, in cui il generico riferimento ad "altri ordinamenti" era contenuto in un passaggio di una precedente decisione della stessa Corte (la sentenza n. 343 del 1987), oggetto di citazione testuale: in questo caso, non veniva, ovviamente, meno l'imputabilità alla Corte del riferimento, tuttavia non era alla sentenza rinviante bensì a quella oggetto di rinvio che l'imputazione andava riferita.

387

b) I richiami descrittivo-esplicativi

Un secondo gruppo di riferimenti comparatistici è identificabile in quelle fattispecie in cui la Corte utilizza il richiamo al diritto straniero a fini essenzialmente descrittivi o esplicativi.

La decisione più risalente tra quelle qui passate in rassegna appartiene a questa tipologia: nella sentenza n. 199 del 2005, l'adeguata informazione sulle clausole vessatorie del contratto di cui all'art. 1469-*quater* del Codice civile è stata equiparata a "la *fair opportunity*" che la

giurisprudenza nord-americana costruisce come presupposto di efficacia del limite legale”. Assimilabile, quanto ad impatto sull’*iter* decisorio della Corte, è il riferimento contenuto nella sentenza n. 157 del 2015 alla derivazione, che il Consiglio di Stato ha riconosciuto, della penalità di mora di cui all’art. 114, comma 4, lettera e), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, dal modello francese delle cc.dd. “*astreintes*”. Sulla stessa lunghezza d’onda si pone, nella sentenza n. 214 del 2019, il richiamo all’“esperienza statunitense del cosiddetto *gerrymandering*” per evocare possibili tecniche manipolatorie dei collegi elettorali.

Sebbene la loro portata non sia significativamente più intensa, una maggiore pregnanza è forse da riconoscere a quei richiami operati ad una situazione specifica presentatasi in un ordinamento straniero per definire un concetto giuridico sul piano operativo: in proposito, viene in rilievo la circostanza che, nella sentenza n. 311 del 2009 e nella sentenza n. 1 del 2011 (nonché nella sentenza n. 227 del 2014, che reca la citazione testuale della sentenza di tre anni prima), partendo da una decisione della Corte europea, si sia fatto riferimento alla situazione prodottasi in seguito alla riunificazione tedesca per specificare il significato dei “motivi imperativi di interesse generale” che giustificano una normazione con effetti retroattivi incidente sul diritto al giusto processo; nel medesimo senso può citarsi la sentenza n. 219 del 2019, dove la constatazione che “le regole che stabiliscono divieti probatori riposano essenzialmente sulla esigenza di introdurre misure volte anche a disincentivare possibili “abusi”” viene rafforzata dall’inciso secondo cui “è noto, al riguardo, che nei sistemi di *common law* la finalità prevalente delle *exclusionary rules* è proprio quella di *deterrence*”.

Ancora tra i riferimenti di stampo descrittivo, figurano quelli nei quali il richiamo di esperienze straniere vale ad aggiungere, a beneficio dello sviluppo dell’*iter* argomentativo, informazioni complementari, come tali non logicamente necessarie, ma non per questo inutili: è il caso della sentenza n. 334 del 2010, in cui l’estensione legislativa dell’obbligo di istruzione si è riconosciuto essere avvenuto “seguendo l’esperienza di altri paesi europei”; è parimenti il caso della sentenza n. 238 del 2014, che, nel ricostruire l’evoluzione storica dell’immunità degli Stati per il

diritto internazionale, si è soffermata sulla progressiva affermazione del limite all'applicazione della norma sull'immunità operando un richiamo alla c.d. tesi italo-belga, richiamo corredato, tra l'altro, dalla citazione di risalenti sentenze italiane e belghe; ancora, nella sentenza n. 133 del 2018, onde rimarcare una caratteristica della prerogativa dell'insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari, si sottolinea la diversità rispetto a quei sistemi che –come quello tedesco e quello statunitense– la limitano espressamente “agli atti compiuti all'interno dell'assemblea di appartenenza”; ancora, nella sentenza n. 279 del 2019, seguita anche dalla sentenza n. 15 del 2020, nel rilevare le ragioni ostative nei confronti di un pieno sviluppo delle potenzialità delle pene pecuniarie, si è sottolineato che, a differenza di quanto avviene in altri sistemi, questi ostacoli pregiudicano la possibilità per queste pene di essere una reale alternativa alle pene privative della libertà personale.

Sempre tra i riferimenti descrittivi o esplicativi possono collocarsi quelli in cui il diritto comparato si interseca con la enucleazione di un diritto transnazionale: nelle sentenze n. 393 e 394 del 2006, concernenti, rispettivamente, il mutamento dei termini di prescrizione per determinati reati ed alcuni reati elettorali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, è stata richiamata, “ancorché priva [allora] priva di efficacia giuridica”, “per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei”¹⁴. Nel medesimo senso, anche se in forma più anodina, con la sentenza n. 179 del 2017, si è fatto riferimento a “il principio di proporzionalità della pena, conosciuto in molti ordinamenti europei, e codificato anche nell'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

14 Una logica non lontana è quella che ha animato il riferimento a “l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo”, presente nella sentenza n. 49 del 2015. A differenza delle sentenze di cui nel testo, tuttavia, in quest'ultima l'attenzione verso il diritto transnazionale ha avuto una valenza, non già descrittiva, ma solo ottativa, donde l'inopportunità di inserire il riferimento operato tra quelli presi in considerazione in questa indagine.

Infine, sembra che siano da annoverarsi tra i riferimenti descrittivi o esplicativi anche le citazioni tese a rimarcare determinate caratteristiche di sistemi stranieri che li rendono idonei a configurarsi alla stregua di modelli. In proposito, possono menzionarsi due recenti decisioni, ambedue in materia di procreazione medicalmente assistita. La sentenza n. 162 del 2014 (recante la declaratoria di incostituzionalità del divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili), nell'affrontare il problema del numero delle donazioni, ha suggerito la possibilità di aggiornare le Linee guida emanate dal Ministro della salute, "contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", "eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito)". Analogamente, la sentenza n. 96 del 2015 (che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con diagnosi preimpianto, per le coppie fertili portatrici di determinate malattie genetiche trasmissibili), nel sollecitare il legislatore a prevedere forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle, non ha mancato di accennare alla possibilità di valorizzare, eventualmente, "le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa".

4.2. I casi di impiego dell'argomento comparatistico da parte della Corte

Le ventotto pronunce sin qui citate rappresentano qualcosa meno della metà del totale delle pronunce registrate nel periodo che è stato preso in considerazione. Ed in nessuna di esse, per un motivo o per l'altro, può dirsi che il diritto comparato sia entrato a pieno titolo a far parte integrante dell'*iter* argomentativo diretto a sorreggere la decisione assunta dalla Corte. È, dunque, solo nelle trentaquattro decisioni residue che si può parlare di un impiego della comparazione realmente strumentale all'esercizio della funzione di *jus dicere*.

È chiaro che si sta parlando di un numero estremamente esiguo, se spalmato in sedici anni; un numero che, comunque, pare sufficiente

per cogliere alcune non *a priori* trascurabili indicazioni per comporre un quadro più generale.

- a) Il diritto comparato evocato in chiave rafforzativa di un *obiter dictum*

In una ipotetica gradazione dell'impatto dei riferimenti comparatistici sull'argomentazione della Corte, sul gradino più basso si pone, probabilmente, quello contenuto nella sentenza n. 265 del 2016, recante la declaratoria di incostituzionalità di una normativa regionale che limitava la possibilità di effettuare un servizio di trasporto di persone su chiamata ai soli esercenti del servizio di taxi o di noleggio con conducente.

La disposizione impugnata è stata caducata per la violazione della competenza esclusiva statale in materia di “tutela della concorrenza”, tuttavia la Corte ha tenuto a sottolineare quanto fosse auspicabile un intervento de “il legislatore componente che si fac[esse] carico tempestivamente di [...] nuove esigenze di regolamentazione”, a fronte di crescenti interrogativi che, del resto, “sono attualmente in discussione anche in seno all'Unione europea, in molti degli Stati che ne fanno parte, nonché in numerosi altri ordinamenti in tutto il mondo”.

391

Tale ultimo richiamo, sebbene non strettamente correlato alla decisione resa, non può essere definito come meramente descrittivo, nella misura in cui l'auspicio formulato offre comunque uno spunto in ordine ad un possibile futuro monito che la Corte potrebbe formulare in caso di perdurante inerzia del legislatore.

- b) Il diritto comparato come elemento a sostegno della normativa oggetto del giudizio

L'argomento comparatistico è stato utilizzato, in non pochi casi, per rafforzare la base su cui poggiava la normativa oggetto della questione di legittimità costituzionale. A tal riguardo, sono da segnalare diverse decisioni, tutte –non casualmente– di rigetto.

Una prima decisione in cui l'argomento comparatistico è stato rivolto a rafforzare la disciplina oggetto del giudizio merita di essere segnalata. È la sentenza n. 341 del 2007, in tema di anatocismo bancario, nella

quale è stata inserita una enunciazione piuttosto analitica dello stato del diritto in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna (nonché un accenno ad Austria e Belgio), al fine di evidenziare come la divaricazione in essi presente tra la disciplina bancaria e la disciplina civilistica dell'anatocismo rendesse l'ordinamento italiano piuttosto peculiare. Anche in virtù di questa sua posizione, poteva quindi giustificarsi l'opera del legislatore delegato che, nell'adeguarsi al diritto dell'Unione europea, aveva proceduto a rafforzare i caratteri di specialità dell'anatocismo bancario, e quindi ad omogeneizzare il diritto italiano a quello degli altri paesi europei.

Nella sentenza n. 250 del 2010, avente ad oggetto la previsione del reato di clandestinità, la Corte ha evidenziato che l'analisi comparatistica rivelava come "norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione simile, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, [fossero] presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)". Nella stessa sentenza, con argomentazione analoga, si è ritenuto "non superfluo" aggiungere che "l'assoggettamento a sanzioni pecuniarie dei fatti di immigrazione irregolare [era] anch'esso tutt'altro che ignoto all'esperienza comparatistica", specificando che "pene pecuniarie, alternative o congiunte alla pena detentiva, [erano] previste, ad esempio, dalle legislazioni tedesca, francese e del Regno Unito; mentre la legge spagnola contempla[va], per il soggiorno irregolare, la sola sanzione amministrativa pecuniaria". Nell'ordinanza n. 32 del 2011 quest'ultima argomentazione è stata ripresa quasi testualmente.

Nella sentenza n. 270 del 2010, che –insieme con la sentenza n. 341 del 2007– si segnala per l'ampiezza ed il dettaglio dei riferimenti al diritto straniero, gli specifici riferimenti operati agli ordinamenti francese, tedesco e del Regno Unito sono stati funzionali a confermare quanto emergeva dal quadro normativo interno circa "[l]a rilevanza dei molteplici interessi coinvolti dalle operazioni di concentrazione" concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, "ai fini della valutazione delle

medesime”. Come è chiaro, una tale constatazione ha rappresentato uno dei prodromi del percorso argomentativo, che ha poi condotto alla decisione di rigetto.

Indubbiamente meno impegnativa è risultata la citazione contenuta nella sentenza n. 267 del 2013, volta a corroborare la sostenibilità logico-giuridica della scelta di aprire a volontari il Corpo dei vigili del fuoco, stante, tra l’altro, il fatto che “altri ordinamenti –come quello tedesco– hanno attribuito a personale volontario e non professionale un’ampia parte delle attività di protezione civile”.

Più significativo è stato il riferimento, avente nuovamente ad oggetto la Germania, contenuto nella sentenza n. 172 del 2014. Nel decidere sulla denuncia di indeterminatezza della norma incriminatrice dello *stalking*, la “enunciazione sintetica” per cui il legislatore italiano ha optato (al pari, del resto, dei suoi omologhi “nella gran parte dei Paesi dove è stata adottata una normativa” *ad hoc*) è uscita sicuramente rafforzata, sul piano della compatibilità con i principi costituzionali, dalla constatazione secondo cui “anche in un ordinamento come quello tedesco, in cui si è scelto di enumerare le ipotesi di persecuzione [...], l’elenco non è tassativo, ma prevede una clausola di chiusura ‘ad analogia esplicita’, che attrae nel perimetro della rilevanza penale, oltre alle condotte puntualmente tipizzate, anche ogni ‘altro comportamento assimilabile’”.

393

La sentenza n. 5 del 2018, onde respingere la denuncia di incostituzionalità della normativa sugli obblighi vaccinali, ha proposto un inquadramento piuttosto analitico della pluralità di approcci offerta dal diritto comparato. Da questa pluralità di approcci emerge, comunque, “un generale *favor* giuridico per le politiche di diffusione delle pratiche vaccinali” declinato in forme diverse, nel senso che “a un estremo, si trovano esperienze che ancora di recente hanno conosciuto obblighi vaccinali muniti di sanzione penale (Francia); all’estremo opposto si trovano programmi promozionali massimamente rispettosi dell’autonomia individuale (come nel Regno Unito); nel mezzo, si ravvisa una varietà di scelte diversamente modulate, che comprendono ipotesi in cui la vaccinazione è considerata requisito di accesso alle scuole (come avviene negli Stati Uniti, in alcune Comunità autonome in Spagna e tuttora anche in

Francia) ovvero casi in cui la legge richiede ai genitori (o a chi esercita la responsabilità genitoriale) di consultare obbligatoriamente un medico prima di operare la propria scelta, a pena di sanzioni pecuniarie (Germania)". Peraltro, la Corte ha sottolineato che "in molti paesi [...] è in corso un dibattito sulle politiche vaccinali, teso alla ricerca degli strumenti giuridicamente più efficaci in vista del condiviso obiettivo di proteggere la salute dalle malattie infettive e da quelle che possono comportare gravi complicanze, contenibili attraverso la vaccinazione preventiva".

La sentenza n. 33 del 2018, al fine di suffragare la non incompatibilità della c.d. confisca allargata con la Costituzione, si è sottolineato come si tratti di una misura patrimoniale "che si colloca nell'alveo delle forme "moderne" di confisca alle quali, già da tempo, plurimi Stati europei hanno fatto ricorso per superare i limiti di efficacia della confisca penale 'classica'".

394

Con riferimento alla sentenza n. 239 del 2018, nell'argomentazione che ha condotto alla declaratoria di infondatezza delle questioni aventi ad oggetto la legge elettorale per il Parlamento europeo, e segnatamente la previsione di una soglia di sbarramento, si è rilevato che la scelta del legislatore nazionale non era da considerarsi irragionevole, e "tanto meno lo [era] se si [teneva] conto del fatto che analoga scelta [era] stata già compiuta da vari altri Stati dell'Unione, 14 in particolare, fra i quali vi sono anche Paesi di dimensioni maggiori come la Francia e la Polonia".

Ancora, con la sentenza n. 78 del 2019, la mancata previsione, tra le condizioni che impediscono la partecipazione ai procedimenti per la chiamata dei professori universitari, del rapporto di coniugio con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata, ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell'ateneo, non è stata censurata e, al riguardo, si è tra l'altro definito "significativo che, in altri sistemi giuridici vicini al nostro, da un lato, veng[a]no promossi percorsi accademici che favoriscono l'unità familiare, e dall'altro lato, [...] l'esigenza di preservare l'accesso alla carriera accademica da possibili condizionamenti [sia] soddisfatta attraverso meccanismi diversi dalla drastica previsione dell'incandidabilità".

Uno schema analogo è adottato nella sentenza n. 79 del 2019, nella quale la non incostituzionalità della riforma dell'organizzazione della Croce Rossa italiana è stata suffragata anche dal fatto che il nuovo modulo organizzativo ha allineato “il nostro ordinamento ad altre esperienze, in particolare (ma non solo) europee”, all'uopo evocando espressamente il Regno Unito (“la *British Red Cross*, ricevuto il riconoscimento regio nel 1908, è una *voluntary aid society*, ausiliaria rispetto alle autorità pubbliche”), nonché sistemi giuridici continentali (da “la *Croix-Rouge française*, associazione senza scopo di lucro, riconosciuta di utilità pubblica” al “*Bundesverband des Roten Kreuzes* tedesco, associazione registrata ai sensi degli artt. 21 e seguenti del codice civile tedesco”, fino “alla *Cruz Roja* spagnola, associazione civile di rilievo pubblico composta solo da volontari civili”).

Al fine di escludere che integrasse una fattispecie di incostituzionalità la mancata previsione di una agevolazione fiscale a favore del coniuge in caso di trasferimenti di azienda o di rami di essa, la sentenza n. 120 del 2020 ha dato atto che questo tipo di agevolazioni sono volte a limitare le difficoltà finanziarie al momento della successione, ma ha altresì rilevato che in altri ordinamenti raramente si dispone una esenzione totale e, comunque, le agevolazioni “si ricordano [...] a ben più gravosi carichi fiscali sulle successioni”; in particolare, si è espressamente menzionata una decisione del Tribunale costituzionale federale che ha dichiarato incompatibile con il principio di eguaglianza una agevolazione meno ampia rispetto a quella italiana, che era stata contestata per il suo carattere troppo ristretto.

Infine, con la sentenza n. 201 del 2020, la questione avente ad oggetto l'imputazione dei redditi delle società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla percezione effettiva da parte del socio, è stata ritenuta non fondata. Tra gli argomenti addotti, figura anche quello secondo cui “tale metodo dell'attribuzione del reddito “per trasparenza” [...] non è peculiare del nostro sistema impositivo, costituendo un modello per certi versi conosciuto anche negli ordinamenti di altri Paesi”.

- c) La comparazione e l'enucleazione dell'inadeguatezza della normativa oggetto del giudizio

Passando ad un altro tipo di impiego del diritto comparato, vengono in rilievo le invocazioni del diritto straniero che hanno avuto l'obiettivo di mettere in luce (*recte*, che hanno contribuito a mettere in luce) le inadeguatezze del diritto italiano. Al riguardo, il paradigma è individuabile nella sentenza n. 293 del 2010, recante la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni sull'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, nella quale la Corte non ha mancato di rilevare che “[i]l legislatore avrebbe potuto [...] disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, *in analogia con altri ordinamenti europei*”¹⁵.

396

Di tenore analogo è stata la precisazione contenuta nella sentenza n. 10 del 2015, là dove si è rilevato –ancora nell'ottica di una declaratoria di illegittimità costituzionale– che, “al di là della denominazione di “addizionale””, la c.d. “*Robin Hood Tax*” costituiva “una “maggiorazione d'aliquota” dell'IRES, applicabile ai medesimi presupposto e imponibile di quest'ultima e non, come [era] avvenuto in altri ordinamenti, come un'imposta sulla redditività”.

Parimenti pregnante appare il richiamo che è stato operato, nella sentenza n. 35 del 2017, alla diversità intercorrente tra il ballottaggio tra liste ed il ballottaggio tra candidati singoli. La declaratoria di incostituzionalità che ha colpito la previsione del ballottaggio tra liste nell'elezione della Camera dei deputati è stata, tra l'altro, suffragata dalla diversità suddetta, discendente dalla circostanza che al ballottaggio tra candidati cui si ricorre, in altri ordinamenti, nel quadro di sistemi elettorali di tipo maggioritario, è funzionale ad assicurare al candidato eletto un'ampia rappresentatività nel collegio, mentre per il ballottaggio tra liste la logica è quella di assicurare –per il tramite dell'assegnazione di un premio in termini di seggi– una maggioranza politica governante.

15 Enfasi aggiunta.

Anche la sentenza n. 174 del 2016 reca un riferimento comparatistico diretto a rafforzare le ragioni della declaratoria di incostituzionalità che ha colpito la disciplina con cui venivano introdotte decurtazioni al trattamento di reversibilità in forma eccessivamente rigida, tale da ridondare in una irragionevolezza. Nella ricostruzione del quadro normativo in cui la disposizione censurata si inseriva, la Corte ha, tra l'altro, sottolineato come alla riduzione dell'ammontare del trattamento di reversibilità "si potrebbe affiancare il complementare criterio selettivo dell'età del coniuge beneficiario, sperimentato in altri ordinamenti".

Un analogo utilizzo della comparazione si è avuto con la sentenza n. 120 del 2018, che, nel dichiarare l'incostituzionalità della normativa che faceva divieto ai militari di costituire associazioni professionali a carattere sindacale, ha sottolineato l'impostazione legittimante che emergeva dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rilevando poi che il legislatore francese, con la legge n. 2015-917 del 28 luglio 2015, era intervenuto proprio per superare l'incompatibilità con la Convenzione europea, "riconoscendo il diritto di associazione professionale secondo quanto stabilito con una specifica disciplina".

397

La censura della previsione relativa alla generalizzata pubblicazione di dichiarazioni e attestazioni contenenti dati reddituali e patrimoniali (propri e dei più stretti congiunti) dei titolari di incarichi dirigenziali, contenuta nella sentenza n. 20 del 2019, è stata motivata anche in relazione al fatto che, per il raggiungimento dello scopo della normativa, "esistono senz'altro soluzioni alternative", e anzi alcune di tali soluzioni risultano "privilegiate in altri ordinamenti europei".

La sentenza n. 33 del 2019, una volta giunta alla constatazione dell'incostituzionalità di una previsione inerente all'obbligo di gestione associata da parte di certi comuni di funzioni fondamentali, non ha mancato di far notare che "riusciti interventi strutturali in risposta al problema della polverizzazione dei Comuni sono stati realizzati in altri ordinamenti, spesso attuando la differenziazione non solo sul piano organizzativo ma anche su quello funzionale", proponendo, di seguito, un sintetico elenco di esperienze europee.

Ancora, onde censurare i riflessi del diritto vivente sulla scorta del quale le norme disciplinanti l'esecuzione della pena erano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva discendente dal principio di legalità della pena, nell'ambito di "plurime e convergenti ragioni", si è fatto leva, nella sentenza n. 32 del 2020, anche sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e sulle conferme che essa trova "nella giurisprudenza di altre corti e nella legislazione di altri Paesi", all'uopo operando un espresso richiamo ad alcune pronunce della Corte suprema statunitense e alle previsioni del Codice penale francese.

Nella medesima categoria può essere inserita, infine, l'ordinanza n. 16 del 2006, sebbene si tratti (non già di una statuizione recante la declaratoria di incostituzionalità, bensì) di una dichiarazione di manifesta inammissibilità, motivata dalla impossibilità per la Corte di corrispondere al *petitum* dell'ordinanza di remissione senza sovrapporsi alle scelte discrezionali del legislatore. Il diritto comparato è stato comunque utilizzato al fine di porre in risalto l'inadeguatezza della normativa censurata, come dimostra il fatto che, nella pronuncia, vertente sulla disciplina dell'esercizio del diritto di revoca del difensore e della facoltà di rinuncia al mandato difensivo nel procedimento penale, si è evidenziata la necessità di un intervento legislativo che potesse arginare il "patologico abuso" delle possibilità offerte dal diritto vigente, "abuso a prevenire e reprimere il quale altri ordinamenti conoscono specifici istituti, idealmente volti ad assicurare che le garanzie difensive vivano e si sviluppino pienamente all'interno del processo, ma nei limiti in cui non degradino a meri strumenti di paralisi o di ritardo, nell'ottica cioè di una difesa nel processo e non dal processo".

d) Il diritto comparato invocato a suffragio della soluzione adottata dalla Corte

In un altro gruppo di pronunce, il peso del diritto comparato si è avvertito in maniera ancor più forte. Si tratta, in special modo, di quelle sentenze in cui il riferimento al diritto straniero è andato a suffragare direttamente la scelta operata dalla Corte. Ciò è avvenuto secondo diverse modalità.

In un paio di casi, l'analisi svolta dalla Corte è giunta a dimostrare l'assenza di soluzioni condivise nel panorama comparatistico, donde l'impossibilità di dedurre dall'osservazione degli ordinamenti stranieri argomenti concludenti. Viene in rilievo, in primo luogo, la sentenza n. 138 del 2010, in tema di riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, che è, al riguardo, doppiamente eloquente: per un verso, nella parte in cui ha dichiarato inammissibile la questione sotto il profilo dell'asserita violazione dell'art. 2 Cost., adducendo tra l'altro che, nonostante la configurazione delle unioni omosessuali alla stregua di formazioni sociali (dove la necessità di una loro tutela), a suffragio della sussistenza di un'ampia discrezionalità del Parlamento in materia “[era] sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che [fino a quel momento avevano] riconosciuto le unioni [omosessuali] per verificare la diversità delle scelte operate”; per altro verso, ma in maniera del tutto analoga, anche da un punto di vista motivazionale, nella sentenza si è dichiarata l'inammissibilità della questione basata sull'art. 117, primo comma, Cost., adducendo, come “ulteriore riscontro”, quanto emergente “dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che [avevano] introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che [andavano], dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso”.

Tale schema argomentativo si è ripresentato con la sentenza n. 84 del 2016, concernente il divieto assoluto di ricerca clinica o sperimentale sugli embrioni. Nel decidere la questione, la Corte ha operato ampi richiami alla sentenza *Parrillo contro Italia*, del 2015, anche nella parte in cui la *Grande Chambre* ha ricostruito il quadro in materia emergente dalla comparazione tra gli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa, constatando che “non esiste un vasto consenso europeo in materia”, visto che alcuni Stati “hanno adottato un approccio permissivo”, altri “hanno leggi che vietano espressamente qualunque ricerca sulle cellule embrionali” ed altri ancora “consentono la ricerca [...] a condizioni rigorose”.

Una siffatta molteplicità di approcci è stata dalla Corte costituzionale evocata al fine di suffragare la necessità di rimettere alla discrezionalità del legislatore “il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto”, necessità dalla quale è stata dedotta l’inammissibilità della questione sollevata.

In un altro caso, lo sguardo verso altri sistemi europei è stato funzionale ad escludere l’esistenza di vincoli derivanti dal diritto dell’Unione europea, ciò che ha portato a privare di fondamento la denuncia di un ipotetico contrasto tra fonti interne e fonti sovranazionali. Il riferimento va alla sentenza n. 102 del 2008, in tema di imposte di soggiorno, relativamente alle quali la Corte ha osservato come non sussistesse una specifica normativa comunitaria, tanto che la denuncia di incostituzionalità dell’imposta prevista nella legislazione regionale sarda si scontrava, sul punto, con la circostanza che tali imposte fossero o fossero state previste “dalla legislazione di vari Stati dell’Unione europea”: “ad esempio”, “la *Kurtaxe* tedesca; la *taxe de séjour* francese; l’*impuesto sobre las estancias en empresas turísticas de alojamiento* già vigente nella Comunità autonoma delle Isole Baleari; l’*impôt sur les chambres d’hôtels et de pensions* a Bruxelles”.

400

Ancora, il diritto comparato è stato talora utilizzato per corroborare la posizione, evidentemente non incontrastata, che la Corte costituzionale ha adottato in merito all’interpretazione del diritto vigente. Due decisioni meritano di essere in proposito menzionate. La prima è la sentenza n. 13 del 2012, inerente all’ammissibilità del *referendum* abrogativo della legge elettorale per le Camere, segnatamente per ciò che atteneva alla asserita reviviscenza –in caso di abrogazione della norma abrogatrice– della normativa previgente. Onde escludere questo fenomeno, si è utilizzato, tra gli altri, l’argomento secondo cui “anche in altri ordinamenti (quali ad esempio quello britannico, francese, spagnolo, statunitense e tedesco) il ripristino di norme a seguito di abrogazione legislativa non è di regola ammesso, salvo che sia dettata una espressa previsione in tal senso: ciò in quanto l’abrogazione non si limita a sospendere gli effetti di una legge, ma toglie alla stessa efficacia *sine die*”.

Non meno dibattuto è stato il secondo caso da passare in rassegna, concernente la già ricordata sentenza n. 10 del 2015, in cui, al fine di giustificare l’esercizio del potere di modulazione nel tempo degli effetti della

pronuncia di incostituzionalità, la Corte ha evidenziato che “la comparazione con altre Corti costituzionali europee –quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese– mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi”.

Il diritto comparato è stato richiamato a suffragio della soluzione adottata dalla Corte anche nell’ordinanza n. 24 del 2017, con cui si sono sottoposte in via pregiudiziale alla Corte di giustizia le questioni di interpretazione relative all’applicazione della disciplina della prescrizione in materia penale. Onde rafforzare l’esigenza di un intervento chiarificatore dei giudici di Lussemburgo, la Corte costituzione ha fatto ricorso all’argomento comparatistico sotto due profili. Per un verso, si è posto in rilievo che, sebbene la Grande Sezione, nella sentenza dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, si sia orientata per concezione processuale della prescrizione, non mancano ordinamenti in cui, alla stregua di quanto avviene in Italia, si accoglie una concezione sostanziale: all’uopo, si è fatto espresso richiamo all’esperienza spagnola, ed in particolare ad una decisione del *Tribunal Constitucional* (STC 63/2005, del 14 marzo). Per altro verso, ma con analoga valenza, si è sottolineata l’esistenza del principio secondo cui l’attività del giudice “deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate”, principio che rappresenta “un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*”, e che potrebbe risultare vulnerato qualora la disapplicazione della norma penale –ipoteticamente richiesta dalla precitata decisione della Corte di Lussemburgo– dischiudesse per il giudice “il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento”.

Con la sentenza n. 123 del 2017, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la mancata previsione di una ipotesi di revocazione del giudicato non penale derivante dalla necessità di conformarsi ad una pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo. Onde giungere a tale decisione, si è rilevato che dalle istanze sovranazionali sia stato propugnato un adeguamento

degli ordinamenti nazionali alle esigenze di tutela connesse al rispetto delle decisioni della Corte di Strasburgo. A tal riguardo, tuttavia, si è sottolineato che il panorama comparatistico offre una pluralità di soluzioni: alla luce di ciò, la progressiva estensione che è stata registrata in vari ordinamenti (la Corte si è soffermata su quelli tedesco, spagnolo e francese) è stata ritenuta idonea a segnare una linea di tendenza di cui si è auspicato l'estensione al nostro ordinamento, ferma rimanendo l'esigenza di ponderare i vari interessi in gioco, ciò che rientra nei compiti del legislatore. La pluralità di soluzioni offerte dal diritto comparato è stata dunque configurata alla stregua di un elemento a suffragio dell'esigenza di lasciare al legislatore il compito di intervenire.

Infine, un ruolo particolarmente significativo è stato svolto dalla comparazione giuridica nella sentenza n. 141 del 2019, che ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità concernenti la previsione come illecito penale del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata. La decisione rappresenta un *unicum* proprio per lo spazio riservato al diritto comparato, utilizzato sia in chiave ricostruttiva generale, sia come argomento per l'adozione di segmenti di decisione.

Innanzitutto, una compenetrazione di comparazione diacronica e comparazione sincronica è stata proposta nel momento in cui si sono ricostruiti i modelli normativi all'interno dei quali il fenomeno della prostituzione è stato inserito: si è ripresa in questo contesto la contrapposizione tra il modello regolamentarista classico (adottato in Italia prima della legge n. 75 del 1958, sul modello francese) e il modello abolizionista, originario dalla Gran Bretagna e poi adottato anche in Italia. Si è dato poi conto dell'emergere, in ambito europeo, di ulteriori modelli di disciplina della prostituzione: quello c.d. "neo-regolamentarista" e quello "neo-proibizionista", il quale ultimo, nella versione più radicale (c.d. "modello nordico") punisce il cliente del *sex worker*, a prescindere dalla natura volontaria o forzata della prostituzione. A fronte di una tale pluralità di modelli, la Corte ha rilevato come "tanto le soluzioni legislative ispirate al modello "abolizionista", quanto quelle ispirate al modello "neo-proibizionista" nella versione più radicale –che espande ulteriormente, tramite la

punizione del cliente, il perimetro della “terra bruciata” attorno all’attività della persona dedita alla prostituzione– siano state ritenute costituzionalmente compatibili dai Tribunali costituzionali di altri Paesi europei, in relazione a censure in buona misura sovrapponibili a quelle [...] rimesse all’esame [della] Corte”. In particolare, si sono citate le pronunce del Tribunale costituzionale portoghese (in riferimento al modello abolizionista) e del Consiglio costituzionale francese (per il modello neo-proibizionista).

Poste queste linee di riferimento concettuali, la Corte ha quindi sviluppato le proprie argomentazioni, non mancando, peraltro, di fare espresso richiamo, nuovamente, alla decisione del Tribunale costituzionale del Portogallo, la quale ha sottolineato che “non vi è alcuna insanabile contraddizione nella dissociazione del giudizio sulla condotta-base della prostituta da quello sulla condotta del terzo che ne agevola –o sfrutta o istiga– l’attività”. Questo riferimento è, evidentemente, un’ulteriore dimostrazione dell’importanza assunta dalla comparazione giuridica al fine di disegnare il contesto decisorio e di trarre indicazioni incidenti sul merito della questione di costituzionalità.

403

e) L'utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera come precedente

Un utilizzo ancora diverso, ma non meno significativo, del diritto comparato si è affacciato in tempi recenti, quando la Corte costituzionale, in tre occasioni, ha operato richiami circostanziati a pronunce di altre corti, quasi ad evocarle in guisa di precedenti orizzontali (*scil.*, dal valore puramente persuasivo).

Emblematico, al riguardo, è quanto si legge nella sentenza n. 1 del 2014, recante la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge elettorale per il Parlamento: “[i]n ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano, nei quali pure è contemplato [il principio di eguaglianza del voto] e non è costituzionalizzata la formula elettorale, il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell’elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale

valutazione del “peso” del voto “in uscita”, ai fini dell’attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell’organo parlamentare (BVerfGE, sentenza 3/11 del 25 luglio 2012; ma v. già la sentenza n. 197 del 22 maggio 1979 e la sentenza n. 1 del 5 aprile 1952)”.

Non meno esplicito è stato il riferimento contenuto nella sentenza n. 170 del 2014, con la quale si è dichiarata l’incostituzionalità della previsione dell’automatico scioglimento del matrimonio in conseguenza della sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi: la Corte, nel constatare il coinvolgimento, da un lato, dell’interesse dello Stato “a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio” e, dall’altro lato, dell’interesse della coppia “a che l’esercizio della libertà di scelta compiuta dall’un coniuge con il consenso dell’altro [...] non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere”, ha tra l’altro precisato che “in tal ultimo senso si [erano] indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca –VerfG 8 giugno 2006, n. 17849– e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1° Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05”.

La terza occasione si è manifestata con l’ordinanza n. 207 del 2018, in materia di criminalizzazione dell’aiuto al suicidio. Nel rinviare la trattazione della causa di un anno, onde lasciare al legislatore il tempo di provvedere a dettare una nuova regolamentazione, la Corte ha chiarito che la soluzione adottata si faceva carico “di preoccupazioni analoghe a quelle che [avevano] ispirato la Corte Suprema canadese, allorché [aveva] dichiarato, nel 2015, l’illegittimità costituzionale di una disposizione penale analoga a quella [...] sottoposta allo scrutinio, nella parte in cui tale disposizione proibiva l’assistenza medica al suicidio di una persona adulta capace che [avesse] chiaramente consentito a por fine alla propria vita, e che soffr[isse] di una patologia grave e incurabile che provoca[va] sofferenze persistenti e intollerabili”. I supremi giudici canadesi avevano stabilito “di sospendere per dodici mesi l’efficacia della decisione stessa, proprio per dare l’opportunità al parlamento di elaborare una complessiva legislazione in materia, evitando la situazione di vuoto legislativo

che si sarebbe creata in conseguenza della decisione (Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*, 2015, CSC 5)". Ancora, la Corte costituzionale ha sottolineato che "lo spirito della [...] decisione [era] simigliante a quello della recente sentenza della Corte Suprema inglese in materia di assistenza al suicidio, in cui la maggioranza dei giudici [aveva ritenuto] "istituzionalmente inappropriato per una corte, in questo momento, dichiarare che [la disposizione allora oggetto di scrutinio] [era] incompatibile con l'art. 8 [CEDU]", senza dare al Parlamento l'opportunità di considerare il problema (Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*, [2014] UKSC 38)". Da questi riferimenti, si è colta una chiara indicazione nel senso della necessità, in una materia tanto delicata quanto quella oggetto del giudizio, di favorire lo sviluppo di un contesto "collaborativo" e "dialogico" fra Corte e Parlamento.

- f) L'argomento comparatistico come componente essenziale di una (futura) decisione

405

Tra tutte le pronunce rese nel periodo preso in considerazione in queste pagine, sembra comunque la sentenza n. 120 del 2014 quella in cui il diritto comparato ha assunto il maggior rilievo nell'economia complessiva dell'argomentazione. Rifacendosi ad una giurisprudenza risalente agli Anni Ottanta (sentenza n. 154 del 1985), la Corte ha confermato l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio di legittimità costituzionale, giungendo nella specie ad una declaratoria di inammissibilità della questione posta nei confronti della normativa che fondava l'autodichia del Senato. La sentenza si è segnalata per un aspetto senza dubbio innovativo, consistente nella apertura fatta dalla Corte verso un possibile sindacato della normativa in sede di conflitto tra poteri dello Stato, al punto che la sentenza poteva essere letta come una anomala restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché valutasse l'opportunità di promuovere il conflitto¹⁶. A questo punto si è inserito l'argomento di

16 Per questa lettura, sia consentito rinviare, tra gli altri, a P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2110 ss.

diritto comparato, con cui si è sottolineato che in ordinamenti culturalmente vicini al nostro, quali quelli di Francia, Germania, Regno Unito e Spagna, “l’autodichia sui rapporti di lavoro con i dipendenti e sui rapporti con i terzi non è più prevista”. L’importanza di questo riferimento non può essere sottovalutata, pur non potendosi ovviamente contestare l’assenza di una sua impegnatività *pro futuro*. È significativo, in particolare, che le anticipazioni sul merito di un possibile futuro conflitto interorganico siano partite proprio da questo: lungi dall’essere un mero *argumentum ad abundantiam* rispetto ad un *iter* logico-motivazionale che si era costruito e si era sviluppato *a prescindere* dal diritto comparato, in questo caso, la collocazione dell’accenno, immediatamente successiva all’evocazione della “grande regola” dello Stato di diritto, poteva quasi suggerire l’idea che si fosse dedotta dall’osservazione degli altri ordinamenti costituzionali una concretizzazione di tale “grande regola”, o meglio del suo inveroamento a seguito di una evoluzione che, in Italia, ancora non si era compiuta. L’attenzione alla dimensione evolutiva è stata resa ulteriormente manifesta da quell’avverbio (“*più*”), che è andato ad indicare l’avvenuto passaggio da una fase in cui l’autodichia era riconosciuta ad una in cui è stata eliminata, quasi a voler testimoniare l’ineluttabilità di un passaggio che le grandi democrazie europee hanno tutte compiuto, sia pure in momenti diversi.

Devesi peraltro riconoscere che questa ricostruzione ha conosciuto, nel prosieguo, una patente smentita con la sentenza n. 262 del 2017, che ha confermato la compatibilità dell’autodichia con la Costituzione, senza riprendere, quindi, gli spunti offerti dal precedente di tre anni prima.

6. Alcune osservazioni finali

Se l’indagine condotta può davvero offrire spunti per qualche conclusione, forse non sembra improprio, innanzi tutto, ribadire –e con ciò anche rimarcare– che, pur nella relativa esiguità di riscontri, il diritto comparato ha visto, negli ultimi anni, un rafforzamento del suo peso nel contesto della giurisprudenza costituzionale, misurabile in termini quantitativi¹⁷.

¹⁷ V. *supra*, par. 3.

Non può comunque essere il dato numerico ad offrire un ordine di grandezza dell'influenza della comparazione nell'attività di una giurisdizione costituzionale.

Allo scopo, è opportuno partire dal reale impiego che dell'argomento comparatistico la Corte ha fatto. Il diritto comparato, in primo luogo, non è mai *l'argomento* fondante di una soluzione: se si eccettua, forse, quanto si è riscontrato relativamente alla sentenza n. 120 del 2014¹⁸, in cui, comunque, è una eventuale *futura* decisione che avrebbe potuto essere condizionata (in forme chiaramente non preventivabili, come ben dimostrato dalla successiva sentenza n. 262 del 2017), per il resto la *lex alii loci* ha una valenza integrativa o, al più, rafforzativa di una soluzione che avrebbe potuto essere adottata anche a prescindere dalla comparazione, per quanto, magari, con una base argomentativa meno solida. Il rifarsi a precedenti stranieri, che pure è una forma tra le più penetranti di utilizzazione, è di per sé significativo del valore puramente persuasivo che il dato comparatistico può offrire¹⁹. Non è ovviamente irrilevante – “non superfluo”, per riprendere i termini impiegati nella sentenza n. 250 del 2010 – che una normativa possa trovare similitudini con quanto vigente all'estero²⁰ o, viceversa, si appalesi fortemente “originale”, per così dire, nel panorama comparatistico²¹, ma la sensazione è che considerazioni di questo tipo vengano inserite alla stregua di argomenti *a fortiori* – come “ulteriori riscontri”, secondo l'espressione di cui alla sentenza n. 138 del 2010 – rispetto ad una determinazione già assunta. Lo stesso vale, d'altra parte, anche allorché la pluralità di soluzioni normative prospettabili alla luce di una indagine comparatistica veicola il riconoscimento di una discrezionalità legislativa che sarebbe potuta essere suffragata anche facendo ricorso soltanto agli altri parametri che vengono indicati dalla Corte²².

18 Sulla quale, v. *supra*, par. 4.2.(f).

19 Cfr. le decisioni prese in esame, *supra*, par. 4.2.(e).

20 Per tali fattispecie, v. *supra*, par. 4.2.(b).

21 V. i casi riportati *supra*, par. 4.2.(c).

22 Esempi di questo utilizzo sono riportati *supra*, par. 4.2.(d).

Un elemento di contorno, dunque, e quasi mai un argomento fondante: questo è il ruolo che si assegna al diritto comparato e questo, del resto, è il ruolo che può realisticamente assegnarglisi in un contesto, come quello della giurisprudenza costituzionale italiana, caratterizzato da una tradizione forte e da peculiarità la cui preservazione è avvertita come una necessità²³.

23 In tal senso, può essere evocata la precitata ordinanza n. 24 del 2017 (sulla quale, v. *supra*, par. 4.2.(d)), con cui, nel rinviare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale ha ribadito, con forza, il suo dovere di impedire l'eventuale "ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale" (*Considerato in diritto*, par. 2.), rimarcando a più riprese l'indefettibilità del rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri da parte dell'Unione europea.

El debate (tensional) democracia y justicia constitucional en la construcción de las nociones mínimo vital/existencial

✍ LUIS ALBERTO PETIT GUERRA*

1. Introducción. Oda al “maestro” Romboli por sus enseñanzas sobre las tensiones entre democracia y justicia constitucional en el tema que nos ocupa

Es un honor participar en este libro colectivo al merecido homenaje al maestro Roberto Romboli, cuyo genio y humildad traspasan fronteras de la Toscana que lo vio nacer y desarrollarse como jurista. Sus enseñanzas sin duda forman parte de una “escuela” donde siguen formándose más juristas e investigadores para debatir y revisar las múltiples cuestiones que surgen dentro del constitucionalismo contemporáneo, con especial énfasis en amplias áreas de la justicia constitucional y derechos fundamentales.

409

Con el hoy homenajeado tuvimos la oportunidad de aprender –pero sobre todo “desaprender”– para aproximarnos en la compleja dinámica democracia-justicia constitucional en el tema que nos ocupa. En este ensayo se abordan precisamente algunas de las fronteras donde la política (democracia) y la jurisprudencia (justicia constitucional) hacen importantes aportes para converger y divergir en la postulación de las distintas manifestaciones sobre el mínimo vital/existencial; donde sin dejar

* Doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (España); Ph.D. en Justicia Constitucional y Derechos fundamentales, Università di Pisa. (Italia); profesor en la Universidad Monteávila, Caracas (Venezuela); correo electrónico: luispetitguerra@hotmail.com

de reconocer los problemas “tensionales” de esta dialéctica; se consiguen más coincidencias relacionales entre política y justicia hacia los desarrollos de la noción.

Sin obviar tampoco las complejas relaciones alrededor de la comprensión de los términos democracia y justicia constitucional (LÓPEZ GUERRA, 2003, p. 123); resaltar sin embargo entre sus signos positivos la manera en que se han implicado (entre sí) en una interesante “práctica” de orden político y jurisprudencial, hacia interesantes intervenciones sobre derechos mínimos vitales/existenciales en varias manifestaciones y modalidades.

No podemos relativizar la idea de que el paso de un Estado legislativo a un Estado constitucional de jurisdicción sería “irresistible” (ALEXY, 2009, p. 48); que es verdad que la temática de la “producción” normativa (entre el derecho del juez y del legislador) nos puede colocar en la paradoja entre la omnipotencia del legislador y la arbitrariedad del juez (DE NITTO, 2002, p. 144) en la perenne confrontación entre *diritto giudiziaro* e *diritto legislativo* (OLIVITO, 2012, p. 149).

Entre los argumentos clásicos de que los jueces no tienen legitimidad democrática –no han sido designados en las formas y cauces electorales– y que no deben invadir funciones inherentes al campo de la política; se suma otro más actual –e importante– en presencia de las (recurrentes) crisis económicas, en virtud del impacto (económico) que tienen las sentencias que “cuestan” en las finanzas públicas.

Es por ello que se admite, la (necesaria) actuación del poder judicial en ejercicio “neutral” de su rol *político* (Mezzetti, 2007, p.174). Es decir, *no de dirección política* –como se aclara también–, sino más bien de *operador político* (MARTINES, 1994, p. 522) en el sentido noble de la expresión “política” (RUBIO LLORENTE, 1997, p. 373; SAGÜES, 2006, p. 40). Siendo aceptada también la concepción de que el juez es creador del derecho (CAPPELLETTI, 1984, p. 8) para la defensa de los derechos fundamentales (ROMBOLI, 2009, p. 195), por tanto, una “función” que no puede significar oposición a la ley (PECES-BARBA, 1984, pp. 1010-1013), se comprende mejor que la jurisprudencia

constitucional es verdadera fuente de derecho constitucional (CRUZ, 2011, p. 92).

Todos estos alegatos válidos, hacen que siga abierto el debate de hasta donde pueden –o no– intervenir las Cortes en materia de “derechos” prestacionales; que en principio, estarían “reservados” al campo de la política. Es decir, entre el natural comportamiento *self restraint* por parte de las Cortes especializadas, para evitar entrar en asuntos sensibles a la política (respecto de las finanzas públicas y temas de presupuestos estatales); o cuando se requiera más bien de un (necesario) activismo incluso en aquellos temas. Se debate entonces cuando las Cortes pueden “ejercer” cierta orientación (ánima política) o cuando auto restringirse en sus poderes y facultades de órganos de cierre de cada sistema (ánima jurídica); aspecto que conoce mejor el homenajeador al dirigir una importante obra colectiva (recordando a su maestro Alessandro Pizzorosso) que explica aquellas funciones mediante la figura del “péndulo” (por su movimiento pendular) para referirse a “*Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*”¹; que es un título suficientemente descriptivo aplicable en todo sistema de justicia constitucional.

411

Con estas premisas introductorias, se entiende que en esta materia –primero– actuó la jurisprudencia que la política en cuanto abordaje (creación) de la noción como la conocemos hoy, al punto de impulsar –después– algunos desarrollos normativos por parte de los órganos políticos en distintas manifestaciones y nociones cercanas.

Del mismo modo, se aprecian los distintos roles asumidos en conjunto por parte de la jurisprudencia de varias Cortes respecto la noción del mínimo vital/existencial. Entre algunas intervenciones con notable deferencia a la política (en ciertos contextos y razones) frente a otras intervenciones *más activistas* hacia la postulación de más exigencias a los órganos de legitimación democrática (en ciertos momentos).

1 ROMBOLI, R. (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, G. Giappichelli editore, Torino, 2017 (1-674).

2. De las aproximaciones o antecedentes a la concepción del mínimo vital o existencial

La doctrina parece no ponerse de acuerdo sobre los hechos y circunstancias “específicas” de sus orígenes, que sitúan indistintamente en varias figuras, institutos y algunas prácticas previas a la existencia del Estado mismo (PACHECO, 2017, p. 70). Según las distintas fuentes revisadas, habría algunas prácticas “cercanas” a la noción en estudio.

Desde la ancestral Palestina donde la mujer hebrea tenía cierto *derecho a un mínimo vital* como sustento y vestido por obligación del marido (BASTERO, 2014, p. 32); con el cristianismo en la idea de un *mínimo de bienestar material* (CHAVES DE FARIAS, 2010, p. 107), se pasa a la obligación del patrón de proveer al “esclavo” una *manutención vital* (ORABONA, 1985, p. 597).

412

En la Grecia Antigua, a la remuneración mínima a las personas pobres que participaban en las asambleas de ciudadanos y la introducción del *misthos* (palabra traducida como paga, salario o rendita) (REVENTÓS, 2017, p. 29), se une a una forma de *mínimo vital* consistente del “sustento” (base) de los esclavos (NENCI, 1997, p. 149). En época del Imperio romano se ubican varios institutos: en la imposición de algunos tributos –*collatio lustralis*– que podrían afectar el *mínimo vital* de ciertos ciudadanos que han trabajado (AGUDO, 2016, p. 68), en el *mínimo vital* de la institución de la clientela y en el pago *mínimo vital* para beneficiar al ejército en el reparto de tierras para ayudar a salir a la gente de la pobreza (CHRISTOL, NONY, 2005, p.68 y p. 81).

Mucho más adelante en la Edad Media se ubica en institutos a partir de la capacidad contributiva (UCKMAR, 1999, p. 23) respecto del rol del Estado mediante la fórmula *primum vivere, deinde tributum solvere* (MARIN-BARNUEVO, 2016, p. 49); en cuya perspectiva, el *mínimo vital* sería un “principio” histórico que hace considerar no digna la tributación de aquella parte de la riqueza a lo mínimo necesario para la subsistencia (FORNIELES GIL, 2013, p. 19). Todas estas manifestaciones son citadas para llegar más adelante a partir del siglo XVIII a otro desarrollo más concreto del mínimo vital en el reconocimiento de un cierto tipo *reedito*

universal para determinada parte de la población, con distintos nombres en varios países, especialmente: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Reino Unido, Italia, Francia, Países Bajos (VAN PARIJS, VANDERBORGHT, 2013, p. 6).

Vemos pues importantes antecedentes remotos de algunas instituciones o prácticas cercanas a las nociones en estudio. Debemos advertir sin embargo, que cada una de tales manifestaciones en sí mismas, por su nivel de “especificidad” y limitación en ciertas áreas y contextos; no son necesariamente derechos (subjettivos) en su esencia. Muy diferentes a las nociones más evolucionadas del mínimo vital o existencial por ser más abarcativas (a más materias) y desde su concepción o naturaleza de derecho fundamental propio.

3. De los aportes de la doctrina (antes) de la creación jurisprudencial de la noción mínimo existencial/vital

Aunque desde nuestro punto de vista debe darse igual tratamiento a ambas figuras del mínimo vital y mínimo existencial por las razones que se abordan en el punto siguiente; hay varios documentos y datos históricos que singularizan estas cuestiones en sus orígenes.

413

- a) De la noción mínimo existencial: Si bien parece ubicarse en Alemania el nacimiento de esta noción jurídica (RODRÍGUEZ-ARANA, 2015, p. 119), no está claro la autoría en la postulación de la idea “original” como se observa de estos datos.

A decir Sarlet “la discusión en torno de la garantía del mínimo indispensable para una existencia digna ocupó una posición destacada no apenas en los trabajos preparatorios en el ámbito constituyente, sino también tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental de 1949, donde fue desarrollada por la doctrina al tiempo que en el ámbito de la praxis legislativa, administrativa y jurisprudencial” (SARLET, 2015, p. 617).

Para una buena parte de la doctrina consultada (*por Alemania*: STARCK, 2011; p. 169; *por Brasil*: SARLET, 2015, p. 617; *por España*: CARMONA, 2016, p. 181 y *por Portugal*:

VIEIRA DE ANDRADE, 2010, p. 326), la noción mínimo existencial debería su creación a Otto Bachof, a partir de la interpretación de la cláusula Estado social de derecho de la Ley Fundamental bajo la idea de la existencia de unos recursos necesarios para una vida digna (en: O. BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: VVDStRL, n° 12, 1954, pp. 42-43). Dicha idea comentada en otros trabajos conjuntos (SARLET; SAAVEDRA, 2012, p.73; SARLET, FIGUEREIDO, 2008, p. 80), es seguida de abundante doctrina (BARATIERI, 2014, p. 49; DE MARCO, 2011, p. 249; HACHEM, 2014, p. 135) y hasta confirmada por el criterio de la propia Corte Interamericana de DD.HH. (Opinión consultiva OC-022, FJ.10, p. 3) que igualmente atribuye a Bachof aquella autoría.

Aquel dato, sin embargo, contrasta con otras fuentes doctrinales que ni siquiera citan a Bachof y más bien atribuyen tal originalismo a otros autores en varios países y contextos.

Por ejemplo, para algunos, se ubica en *Brasil* los aportes de Pontes de Miranda (1933) (SARMENTO, 2016, p. 191; citado por SALVADOR, 2016, p. 23). En *Alemania* se citan las contribuciones “iniciales” de G. Düring, J.M. Wintrich, C. Stark; R. Breur (ALEXY, 2012, pp. 465-466). Según otra corriente doctrinal se debería al conservador Forsthoff la más importante aportación en la temática del mínimo vital a partir de la voz *Daseinsvorsorge* (MARTÍN-RETORTILLO, 1962, 33-65; POLANCO BUGUEÑO, 2016, p. 60) en la conocida expresión “procura existencial”-; sin embargo, algunos estudios revelan igualmente que Bachof también habría “usado” el término “procura existencial” casi en igual tiempo –contemporáneamente– con Forsthoff (En: O. BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, t.12, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1954, p. 40) (ORBEGOSO, 2016, p. 54). Pero la voz “Daseinsvorsorge” implica funciones –y no obligaciones– por parte de

la Administración (Forstoffs, 1969, p. 48, p. 52, p. 55), lo que quiere decir, que siendo un concepto material y no propiamente un derecho mismo, *no genera situaciones jurídicas exigibles en tribunales* (MARTIN-RETORTILLO, 1962, pp. 50-52).

- b) De la noción “mínimo vital”: Rossi comentando la obra del sociólogo Simmel (1906-1908) cree que el “derecho a la asistencia” hacia los pobres era una cierta forma del *mínimo vital* (Emanuelle Rossi en presentación de: G. SIMMEL. *Il povero*, Mimesis, Minima sociologie, Milano, Udine, 2015, p. 11). En la tradición histórico-constitucional del principio de capacidad contributiva se ubican ciertos paralelismos del *mínimo vital* como expresión o desarrollo en el “mínimo de exención de tributos” (*En Alemania*: A. WAGNER. *Finanzwissenschaft*, 2º vol., Leipzig, 1890, p. 402; *en Francia*: P. LEROY-BEAULLIE. *Traité de la science des finances*, 1º volume, 7ª ediz. Paris, 1908, p. 237; *en Italia*: A. GRAZIANI. *Istituzioni di scienza delle finanze*, Nuova collezione di Opere giuridiche, n.76, 2ª ed, Fratelli Bocca editori, 1911, pp. 311-312).

415

En cuanto la voz en forma conjunta (“derecho al *mínimum vital*”) se ubica en Latinoamérica (1929) con MASFERRER (1868-1932), quien defendía la concepción de un verdadero derecho (MEJÍAS BRUGOS, 2016, 25-48) que llamó “*mínimum vital*” como expresión de un “derecho básico fundamentado” (CASAÚS, 2013, pp. 69-73). Vemos pues distintas direcciones en orden de establecer los supuestos orígenes de las nociones en estudio.

4. De algunas precisiones sobre las nociones: ¿convergentes o divergentes?

De las complicadas relaciones entre Constitución y economía para la realización de los derechos sociales fundamentales se implican varios elementos. En la convergencia entre la política y los jueces a partir de la determinación de unos contenidos “mínimos” de aquellos derechos, pueden relacionarse varias nociones, especies y categorías. En la determinación

de ciertos tipos de derechos se implican una serie de nociones, donde la doctrina consultada se divide para comprender las nociones en estudio y de otras más cercanas.

Un primer grupo, lo constituye aquella parte de la doctrina que da un mismo tratamiento al “mínimo vital” y “mínimo existencial” como nociones sinónimas (ARANGO, 2015, p. 1682; COURTIS, 2009, p. 106; CONVERS, MARTÍNEZ, p. 5; LEMAITRE, 2005, p.1; HONÓRIO, 2009, p. 172; NOVAIS, 2010, p. 194; STEVANATO, 2016, p. 129). Un segundo grupo defiende que dichas nociones son más bien distintas y no pueden ser confundidas (Sarlet, 2015, p. 621; Hachem, 2015, p. 138; Rodotà, 2012, p. 233, p. 240; Neto, 2014, p. 322). Un tercer grupo se distancia de los dos primeros e intenta una posición (supuestamente) “originalista” al no estar de acuerdo con el uso de las expresiones “mínimo vital” o “mínimo existencial”, acudiendo a otras denominaciones –supuestamente más inclusivas– de “mínimo social” (Santos Rocha, 2017, p.1375) o “estándar elemental” (TAMER, 2005, p. 219). Un último grupo alude a la teoría del contenido esencial para explicar el mínimo vital (LOSANA, 2012, p. 12; LEIJTEN, 2015, p. 172).

Respetando los criterios que sustenta cada grupo, todos validos; en este aspecto resulta clave analizar la formulación que en forma de pregunta plantea Boyle: “Essentially the question is – can the constitution and the court protect them?” (BOYLE, 2017, p. 4). Dicha pregunta parece responderse afirmativamente por los sólidos argumentos teóricos y prácticos que han permitido en la realidad materializar por medio de la Constitución y los tribunales determinados niveles mínimos de derechos: “One such norm is the concept of a social minimum as is evident, for example, in the constitutions of Germany (*‘existenz minimum’*), Belgium (*‘mini-mex’*), Switzerland (*‘conditions minimales d’existence’*), and Brazil (*‘mínimo existencial’*).” (BOYLE, 201, p. 15).

Este conjunto de nociones formarían parte de lo que algunos autores como J. Rawls y Habermas han llamado comúnmente “mínimo social” (CHAVES DE FARIAS, 2010, p.108; BOYLE, p. 15) o *‘minimum core’* (YOUNG, 2008, p. 113) que según algunos, son intercambiables (BOYLE, p. 2). Sin embargo, no obstante las relaciones expuestas,

seguimos la idea de que las nociones *mimumum core*, contenido esencial y el propio mínimo vital, se trata de concepciones diversas (MONTEIRO, 2017, p. 165).

Al final en estas relaciones y diferencias, interesa subrayar la preocupación general de ir distinguiendo unos elementos “medulares” dentro de ciertos derechos sociales y económicos, que nos llevará a encontrar varias analogías entre el mínimo vital y/o mínimo existencial, primeramente por la concreta acción de los órganos de los poderes públicos (inicialmente) legitimados para tal concurso (Parlamento y gobierno en sus correspondientes atribuciones); y, finalmente, por parte de los jueces (en la defensa de los derechos fundamentales frente a la política).

Y es que parece que hay más identidades que reales diferencias entre ambas nociones (mínimo vital y mínimo existencial). Al final, ambas constituyen manifestaciones que se emplean –dice Fercot– para la identificación de *necesidades fundamentales* en general con distintas denominaciones: derecho mínimo vital, derecho a medios de subsistencia, derecho de condiciones mínimas de existencia o derechos a condiciones generales de existencia (FERCOT, 2012, p. 228), que difieren del mayor o menor grado de protección según la conformación de cada sistema; en la comprensión de si es un principio o un derecho, y en este último caso, de qué tipo (programático, legal o fundamental). En consecuencia, se conviene con Simmons de que ambas nociones vienen siendo aplicadas en distintos campos y materias para el “establecimiento” de ciertos grados, medidas o niveles:

“At the dawn of the Long Depression of the nineteenth century, a common figure emerged in France, Germany, Great Britain and United States: *minimun vital*, *Existenzminimun*, *living wage*. Each of those terms signified a measure of live, below which the working clases could and should not fall. For American and European labor movements, this minimum represented a strategy to deal with the inexorable spread of wage labor” (SIMMONS: 2015, p .4)

5. Naturaleza del Mínimo vital/existencial según la doctrina

Según la conformación de los distintos abordajes de estas nociones y conforme a sus manifestaciones diversas, dependiendo del enfoque en cada sistema, podemos observar su tratamiento como un “principio” (MONTEIRO, 2017, 1-154) o como verdadero “derecho” de creación jurisprudencial (DUQUE, 2019, pp. 85 ss).

En ésta última perspectiva, el mínimo vital es además un derecho fundamental (RODRÍGUEZ-ARANA; 2015, p. 25; CARMONA CUENCA, 2006, p. 181; GARCÍA JARAMILLO, 2012, p. 112). Además, se discute si se trata de un derecho fundamental “implícito” en otros derechos (GUZMÁN ÁLVAREZ, 2017, p. 4) o si se trata de un derecho fundamental “autónomo” (ARANGO, 2011, p. 21), porque no depende de otros, sino que más bien permite la existencia de otros derechos (ARANGO, LEMAITRE, 2002, p. 7). En esta perspectiva, “ningún [otro] derecho será posible sin el nivel de renta, gasto, ingreso económico o mínimo vital” (DE PAZ, BERNAL, 2016, p. 117).

418

Se le ubica dentro de la concepción general de derechos fundamentales sociales (CELI MALDONADO, 2011, p.1), indistintamente como un “derecho de prestación” (CARMONA, 2006, p. 177) pero también como “derecho de abstención” para ciertos casos de derechos sociales y económicos (HACHEM, 2015, p.150). En este último caso, se trata de un punto de vista de “defensa” donde se ubica como “derecho subjetivo” del ciudadano (contribuyente) frente al poder impositivo del Estado (TORRES, 2005, p.188), es decir dentro de la rama del “derecho tributario” (ROA, 2011, p.80), en el sentido de que el mínimo vital se determina mediante el *mínimo exento* (FALSITTA, 2008, p. 241) en cuyo conducto también es posible proteger otros derechos (LANG, 2001, p. 801).

Igualmente, se consiguen varios argumentos en la concepción del mínimo vital como “derecho humano” (BREUER, 1978, citado por ARANGO, 2005, p. 130; TORRES, 1989, p. 32; SARLET, 2015, p. 613). Hay quienes incluso, no obstante reconocer que el mínimo vital fuera un derecho, sostienen que esto no implica necesariamente una obligación estatal (GOMES CANOLTIHNO, 1989, p. 249). En fin, el

mínimo vital/existencial *es* un derecho propio del Estado social (CELI, 2011, p. 1) o al menos en prospectiva *debería serlo* (ANDRADE, p. 198).

6. De las manifestaciones políticas alrededor de las categorías mínimo vital/existencial

Seguimos la tesis de que el mínimo vital tiene varias formas de manifestarse. Entre todos, pueden revisarse diversas contribuciones (FERCOT, 2012; YOUNG, 2008 o LAMMERTYN, 2003). Esta última fuente citada, refiere en ese sentido que “Il est donc clair que le droit à un minimum vital peut être vécu de manières différentes et qu’il est traité de manière différente” (LAMMERTYN, p. 1) y como igualmente señala una importante Corte, el mínimo vital o existencial “no está sujeto a una figura jurídica específica, ya que para tal propósito pueden servir distintas figuras” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, amparo en revisión, 2237/2009).

De consiguiente, “la noción de mínimo existencial exige un tratamiento diferenciado en cada lugar, especialmente cuando se trata de órdenes constitucionales con o sin derechos fundamentales sociales” (SARLET, 2015, p. 628); lo que significa que como consecuencia de los distintos elementos de cada sistema “de la fundamentación diversa del mínimo existencial pueden resultar consecuencias jurídicas distintas” (SARLET, 2015, p. 620). En virtud de las características de cada sistema, se pueden ubicar varias acciones políticas conforme distintos contextos para asociar o desarrollar varias manifestaciones del mínimo vital o existencial.

Enseguida debe hacerse una precisión para no confundir la determinación del mínimo vital o existencial con las tablas referenciales para la fijación del **salario mínimo**; lo que no quiere decir, que otros derechos y componentes derivados de la relación laboral no puedan ser protegidos por determinados mínimos vitales (como ha precisado la jurisprudencia examinada).

Esto, porque inicialmente se ubican notables esfuerzos desde varios sectores: desde la llamada *Escuela clásica* de la economía se debatió para

“asociar” la determinación del salario mínimo con la noción mínimo vital (Dizionario di Economia, 1998, pp. 77-79). También desde el sector *laboral* constan varias intenciones desde que la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo (1944) postuló la conveniencia de un “salario mínimo vital” (Revista de Estudios Políticos, 1945, p. 121). Ese tipo de “intenciones” permiten ubicar en Francia cierta pretensión del mínimo vital dentro de las convenciones colectivas (BARJONET, 1950, p. 94). Si bien es cierto que desde esa visión, “el mínimo vital se asocia a salario de vida en la suficiencia para adquirir una canasta de bienes esenciales para vivir una vida decente” (PISSARIDES, 2015, p. 16); lo que quiere decir, que el incumplimiento de determinada pensión o salario puede afectarse el (derecho) mínimo vital (GARCÍA, 2012, p. 116); en realidad la misma doctrina se queja de que al final, no hay real equivalencia del mínimo vital o existencial dentro del derecho del trabajo (SOTO; AGUIRE, 2019, p. 99). Por consiguiente, no obstante las conexiones entre mínimo vital y salario mínimo, ambos deben ser tratados como nociones diferentes (CARMONA, 2012, p. 64).

Otro tipo de manifestación “asociada” al mínimo vital se encuentra en la prestación de determinadas **pensiones o rentas básicas**. En este caso, nuevamente coincidimos con Carmona en otro trabajo suyo, de que son categorías relacionales pero diferentes (CARMONA, 2017, p. 200); al punto que confundirlas dificulta la tutela del mínimo para una vida digna (MONTEIRO, 2017, p. 151); por lo cual, se hace imprescindible en cada país donde se aplique, responder *cuál es el nivel real necesario de rentas para una vida digna* (STORMS, VAN DEN BOSH, 2010, p. 63).

En este aspecto, constan importantes manifestaciones políticas sobre algunas formas de rentas mínimas en comprensión del mínimo vital. Como por ejemplo, en **Suiza** existe en la actualidad un tipo de ayuda a nivel cantonal que debe su existencia al nacimiento de la noción mínimo vital en los años 50’ (Conference Suisse des Institutions D’action sociale, 2014, p. 6); en **Costa Rica** se habla de una pensión mínima existencial que es una categoría bastante aproximada a la noción en estudio (GARCÍA ARAYA, 2013, p. 106, p. 159) o en **Italia** que en el pasado existió un así llamado Reedito minimo d’inserimento (RMI) introducido

en la legislación respectiva a propuesta de un estudio por la destacada Comisión Onofri (TRIPODINA, 2013, p. 194).

Muy distinto al tema pensionístico o de rentas básica, se ubican algunas prácticas legales en **Alemania** para proveer de ciertas erogaciones pagadas en forma de ayuda social (1962) ligadas al mínimo vital (KAZEPOV, 1994, p. 9).

En otro sentido, se habla de la existencia de cierta forma legal del mínimo vital en materia “tributaria”. Es decir, desde un punto de vista no prestacional ligado al contexto “de defensa”, por ejemplo, en **Brasil** (1910) para proteger aquella parte del patrimonio familiar que *no podía ser afectada por las cargas impositivas del Estado* (CASTRO, 1910, p. 159; citado por HONÓRIO, 2009, p. 171); asimismo, en **Alemania** en la determinación de cierto mínimo vital tributario en la Ley de volumen de ventas (1919) (ANDRADE, 2013, p. 182).

7. De las manifestaciones jurisprudenciales alrededor de las categorías mínimo vital/existencial

421

En este tema hay que advertir que si bien ciertas Cortes han hecho intervenciones en favor de la realización de algunos contenidos de derechos sociales y económicos dentro de cada sistema (sobre todo de índole prestacional); no todos los casos implican (necesariamente) abordajes desde la perspectiva del mínimo vital o existencial. Interesantes ejemplos son encontrados en casos de **Argentina**, sobre el “famoso” caso Campodonico de Beviaqua en contra del Ministerio de la Salud para asegurar la provisión de medicinas en protección del derecho a la salud (SAGÜES, 2011, p. 83), en **Francia** con la intervención del Consejo constitucional sobre el derecho de obtener medios suficientes de existencia (HERREIRA, 2012, p. 151), en **India** donde se estableció explícitamente un derecho humano constitucional a la alimentación y determinó un piso nutricional básico (GOLAY, 2009, p. 62); en **Sudáfrica** por protección al derecho a la vivienda por desalojos forzados (FERCOT, 2012, p. 232); en **Venezuela** en necesidad de proveer de medicinas a enfermos del VIH (RONDÓN DE SANSÓ, 2013, p. 320). El punto está en determinar si, aquellos casos, constituyen casos aislados o si, en cambio

constituyen en sí mismo realmente el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos que pueden ser demandados por otros sujetos en base a esos antecedentes.

Es por esto, que más propiamente los argumentos de las nociones mínimo vital o existencial en su reconocimiento como derecho fundamental, permite otro tipo de discurso por las Cortes para la adjudicación de verdaderos derechos en virtud del incumplimiento “político” por los órganos naturales donde se hacen presentes (DE PAZ, BERNAL, 2016, p. 102).

Para los desarrollos jurisprudenciales del mínimo vital o existencial propiamente dichos; hay varios elementos singulares a tomar en cuenta que son determinantes, comenzando con la forma de Estado social –en unos casos– y de Estado de bienestar –en otros–, en cada uno de los casos en estudio. Asimismo, el grado de normatividad –o no– de la Constitución en cada sistema, así como la racionalidad y cultura jurídica hacia la realización de los derechos fundamentales junto a los límites que cada sistema le imprime a la justicia constitucional en relación con el resto de poderes. En esta materia, pensamos, puede resultar de utilidad la distinción que se hace, entre normas de aplicación directas e indirectas del texto constitucional (SCHNEIDER, 1991, p. 71 ss).

Es por este tipo de argumentos, en posibilidad –o no– del desarrollo jurisprudencial de alguna forma del mínimo vital o existencial hay tres vertientes: (i) Desde una primera posición –como el caso de Holanda–, que niega esa posibilidad al declarar como impracticable este derecho por medio de los tribunales al ser de competencia “exclusiva” de la política dentro del circuito Parlamento-gobierno (GOLAY, 2009, p. 67); (ii) una segunda posición de aquellas Cortes que, no obstante de abordar en algún sentido dicha noción en varios derechos y contextos, terminan por darle especial deferencia a la política (para justificar la racionalidad y oportunidad política de los órganos en las materias objeto de análisis de las mismas); y, (iii) una tercera –y más arriesgada– posición de aquellas Cortes que “actualizando” el principio de separación de poderes y de legalidad; han desarrollado abiertamente interesante práctica sobre la noción mínimo vital o mínimo existencial (para exigir a la política que haga o

cumpla determinadas obligaciones Constitucionales por vía de sentencias vinculantes o exhortativas) frente acciones y omisiones en defensa de los derechos fundamentales.

Luego del emblemático caso de creación jurisprudencial de la noción del mínimo existencial en **Alemania**. Primero a través de su Tribunal Administrativo Federal (1954) para *reinterpretar* lo relativo a la ayuda social que no tenía condición de “derecho”, sino de facultad estatal –en el sentido de concederla o no– (LEMBKE, 2018, p. 55). Mucho después esta tesis fue aceptada por el Tribunal Constitucional Federal que, si bien en una primera etapa (1951) no estaba convencido de apoyar el tema por mostrarse cauteloso (ALEXY, 2012, p. 465), quien habría negado inicialmente su existencia (sentencia *BVerfGE* 1, 97, 104; VIDAL, 2012, p.132), dos décadas después (a partir de la sentencia *BVerfGE* 40, 121, 133; SARLET, 2015, p. 618) finalmente viene a reconocer el mínimo vital como un derecho subjetivo (1975).

Sin embargo, los desarrollos posteriores del Tribunal Constitucional Federal merecen respaldo y admiración por su honorable prestigio (HÄBERLE, 2014, p.184), cuando apartándose de todo formalismo y positivismo de su derecho público, había favorecido la comprensión material del derecho constitucional (GROTE, 2004, p.145).

423

Por esto, se hace evidente una rica e interesante práctica jurisprudencial realizada por diversas Cortes que han “receptado” aquella jurisprudencia en *Europa* sobre estas nociones. Que junto a Alemania, se suman, las Cortes de Austria, España, Grecia, Italia, Portugal y Suiza; como en *Latinoamérica*, las Cortes de Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Perú y Venezuela, e incluso en el *Medio Oriente* con Israel.

En forma bien resumida podemos mencionar entre los casos más resaltantes en distintos lugares y contextos:

a. En Europa

En la propia **Alemania**, su Tribunal Constitucional Federal fue el primero en reconocer el derecho fundamental a la mínima existencia (a partir de la sent. *BVerfGE* 1, 159, 161; ALEXY, p. 466), como derecho

positivo al mínimo vital (ARANGO, 2005, p. 51). El otro asunto emblemático que podemos citar es el caso Hartz IV (*BVerfGE* 125, 175, 2010); por medio del cual, se “anularon” los efectos de la fijación del *quantum* establecido por el propio legislador al “fijar” un monto de ayuda social pero remitió a la misma política la posibilidad de racionalizar una nueva forma para determinarlo para garantizar un mínimo existencial a cada sujeto (TENORIO, 2011, p. 127).

En **Austria**, a pesar de ser Estado social de derecho, importantes limitaciones del sistema a la cuestión de los derechos sociales impedía sus desarrollos. Por esta situación, por ejemplo, consta que ese país fue objeto de sentencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Gaygusuz contra Austria*); que al final ayudó a construir el *derecho a la pensión* a partir de la interpretación de un derecho patrimonial basado en una injustificada discriminación por razón de la nacionalidad (CARMONA, 2017, p. 203). Superando las trabas del sistema, el Tribunal Constitucional se animó para decidir sobre las prestaciones sociales mínimas (*NÖ-Mindestsicherungsgesetz*) para anular una disposición legislativa de la Baja Austria, consistente del pago de una suma de dinero por ser violatoria al mínimo existencial de las familias en la forma prevista. (*Verfassungsgerichtshof*, G-136/2017-19).

En **España**, hay varias intenciones antes de “desarrollar” el mínimo vital. Primeramente, el Tribunal Constitucional español haría una aproximación sobre el concepto de “existencia digna” (STC, 113/1989, de 22 de junio) (AGUIRRE, 2014, p. 454). Más específicamente en la materia, Pauner cita el caso de la sentencia 214/1994, de 14 de julio, cuando el Alto Tribunal se pronunció sobre las ayudas y subsidios familiares para determinar el *mínimo exento*; asimismo, se refiere a la STC 158/1993, caso Pensiones de excombatientes, de 6 de mayo, cuando el Tribunal señala la amplia discrecionalidad de la que goza el legislador en la fijación de la cuantía del mínimo vital (PAUNER, 2000, p. 243 y p. 247). Es igualmente relevante, el caso donde declaró la legitimidad de la normativa que asegura la inembargabilidad de las pensiones que impide que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor (CARMONA, 2012, p. 73).

En **Grecia**, sometida a la grave crisis económica que motivó la intervención –préstamos en condiciones especiales de la Unión Europea–, resalta la emblemática decisión del Consejo de Estado contenida en la sentencia n.668/12 que enjuiciaría la Ley n. 3845/2010, que declaró la “constitucionalidad” de una serie de *reducciones en temas salariales* (ARAVANTINOU, 2015 p. 8). Igualmente relevantes, las reducciones de las pensiones de la Administración pública que llevaron al Consejo de Estado a dictar las sentencias n. 464/2013 y n. 602/201, para justificar la “constitucionalidad” dada la gravedad de las finanzas públicas (MARCHESE, 2016, p. 35). Por último, el caso el mismo Consejo de Estado, dispuso en sent.1972/2012, que el “corte” de conexión al servicio de electricidad por falta de pago era violatorio al derecho mínimo vital (CHRISTODOULIDIS, 2016, p. 17).

En **Italia**, la primera intervención sobre el mínimo vital a nivel de pensiones fue resuelta por el Tribunal Constitucional en sentencia n. 22 del 1969 (MONTICELLI, 2015, p. 9); asimismo, destacan los casos de las sentencias n.132 de 1984 y nro. 243 de 1990, donde la Corte anula por defecto de coherencia ambas intervenciones legislativas que dieron lugar a dichas sentencias, por no cumplir con el principio de proporcionalidad sobre el cálculo de las pensiones por ser violatorio del principio del mínimo vital (MORRONE, 2001, p. 179).

425

Consta asimismo, intervenciones sobre el mínimo vital en materia tributaria (mínimo exento); para declarar la amplia discrecionalidad política del legislador al momento de determinar el límite o *quantum* de la capacidad contributiva del sujeto; entre todas, vale mencionar sent. 97/1968 (CRISAFULLI, PALADIN, 1990, p. 348) donde al abordar el punto de la capacidad contributiva, a Corte negó la insindicabilidad de la medida del así llamado mínimo vital imponible, con el cual el “mínimo vital” debería ser tutelado (MAFFEZZONI, 1970, p. 303).

En **Portugal** hay interesante movimiento jurisprudencial de su Tribunal Constitucional tanto en caso de acciones políticas, ejemplos Acórdão n° 411/93, vol. 25°; Acórdão n° 318/99 (vol. 43°); Acórdão n° 177/02 y Acórdão n° 509/02 (VIEIRA, 2010, p. 377) como frente a las omisiones políticas (MIRANDA, 2012, p. 11 ss.). Dicho Tribunal, que en alguna oportunidad (Acórdão n° 318/99) le dio tratamiento igualitario

al mínimo vital y al salario mínimo (LOUREIRO, 2010, p. 244); vino luego a conectar el mínimo vital con las pensiones para una vida digna (Acórdão n° 349/91, Acórdão n° 411/93, Acórdão n° 62/2002). Pero quizá la más importante decisión, sea la sentencia 509/2012 donde se estableció el reconocimiento de una dimensión objetiva y positiva del derecho a una existencia digna, donde admitió el *‘derecho a exigir del Estado’* un mínimo para una existencia digna a través de prestaciones sociales suficientes (SAMPAIO, 2012, p. 179).

En **Suiza**, si no existe un sistema de control de constitucionalidad con respecto a la legislación federal (solo de la legislación cantonal); enseña Brewer, ello no ha sido impedimento para que “el Tribunal Supremo Federal critique una norma legislativa federal y por lo tanto le señale a los legisladores la necesidad de una reforma de la ley” (BREWER, 2017, p. 32).

426

Hasta el momento, el único caso documentado data de 1995 cuando en un caso de inmigrantes indocumentados e irregulares, se reconoció el derecho mínimo vital del Estado de proveer alimentos y vestido (v. *Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kanton Bern*, BGE/ATF 121, I 367, October 27, 1995) (LUTHER, 2006, p. 6).

b. En Latinoamérica

En **Brasil**, la práctica jurisprudencial alrededor del mínimo existencial –dice Sarlet– tiene un crecimiento cuantitativo y cualitativo por la cantidad y la forma de argumentos a favor de dicha noción (SARLET, 2015, p. 631). Con el mismo autor, citamos la “emblemática” decisión del Tribunal Federal RE n.271.268-8/RS, en cuanto a las consecuencias derivadas de la salud como derecho subjetivo, donde se estableció la obligación del Estado de proveer medicinas (en este caso a los portadores del virus VIH) que no puede quedar reducido dicho derecho a ser solo “promesa constitucional inconsecuente” y la sentencia ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), nro. 45, respecto del derecho de acceso a la educación gratuita para menores de cinco años en las guarderías del Estado; en este último caso, si bien no se entró en el enjuiciamiento del mérito, sí explicó el Tribunal Federal “la dimensión política

de la jurisdicción constitucional y la posibilidad de control judicial de políticas públicas cuando se cuide especialmente en la implementación de la garantía del mínimo existencial”. (SARLET, 2015, p. 622).

Es igualmente relevante el caso de la sentencia n° 564.035 al involucrar una pretensión jurídica de acceso gratuito a la enseñanza fundamental en una escuela pública, ante la denegación del pedido de matrícula –o plaza– por el Municipio; por ser violatoria del mínimo existencial (HACHEM, 2014, p. 131).

En **Colombia**, su prestigioso Tribunal Constitucional bien temprano (Sentencia T-406 de 1992), asumió la postura de que el juez debe convertirse en un instrumento de “presión” frente al legislador para hacer efectivo los derechos fundamentales (MOLINA, 2007, p. 102). Asimismo, que la función legislativa no puede “condenar” a que el principio Estado social simplemente se quede “escrito” (sentencia C-225 de 1995) y por tanto, frente a ciertas omisiones legislativas debía darse aplicación directa a los preceptos constitucionales (MOLINA, 2007, p. 99). Y es que precisamente –dice ahora López– las sentencias que definen el mínimo vital se inscriben dentro de ese contexto, citando los casos T-406/1992; SU-256/1996; C-700/1999. (LÓPEZ MEDINA, 2008, p. 457).

427

Pelayo Möyer –comparando el trabajo de la Corte colombiana con el tribunal Federal Alemán en su propuesta original–, coincide con nosotros de que la jurisprudencia colombiana es más amplia (PELAYO, 2012, p. 41) no solamente en cuanto al número de intervenciones sino en la extensión de las distintas materias, dirigidas principalmente al derecho a la salud, pero además en pensiones, educación, vivienda, agua, seguridad social, mínimo exento, etc. Y es que desde la misma sentencia líder (T-426-92) donde se ubica la “semilla” de esta cuestión (OLANO, 2009, p. 177), la Corte Constitucional expresó que “el mínimo vital era un derecho fundamental que implica la presencia de un mínimo de condiciones materiales para asegurar una existencia digna”, luego, ha venido extendiendo sus amplios desarrollos en protección de mujeres embarazadas, pensionados, trabajadores, presos e indigentes (BENÍTEZ, 2011, p. 318).

En **Costa Rica**, la Sala Constitucional tuvo algunas aproximaciones al tema para negar el reconocimiento del mínimo vital. En un primer momento rechazó demanda de inconstitucionalidad del sistema de pensiones (1996) que presentaba diferentes formas para efectuar ciertos cálculos en cuanto los beneficios entre activos y jubilados, al asumir que establecer tales topes diferenciados no viola tales postulados [constitucionales], sino que obedece a razones de administración y gobierno (sentencia 28 de junio de 1986, Resolución N° 03148). En otro caso (sentencia del 23 de mayo de 2012, Resolución N° 06870) negó la inconstitucionalidad de la previsión legislativa que imponía varios conceptos de multas (derivado de sanciones de tránsito automotor, previstos en algunos artículos de la Ley de Tránsito), porque al no tomarse en cuenta la capacidad económica de los sujetos obligados, no por ello sería violatorio del *mínimo vital* (2012). La misma Sala Constitucional –con nuevos integrantes– habría hecho otras consideraciones sobre la noción mínimo vital/existencial, sin desarrollarlo formalmente (sentencia del 10 de octubre 2014, resolución nro.16585. considerando IV).

Fue después, por demanda de amparo constitucional por parte una persona con unas características especiales (condición de pobreza y especial estado de salud considerada como una persona absolutamente “dependiente del oxígeno” [para vivir]); cuando la Sala estableció que era inaceptable que las autoridades de la empresa de electricidad hayan amenazado con “cortarle” el servicio pese a que es vital para su salud y su vida (sentencia nro.004048-19, del 8 de marzo de 2019); y concluyó: “El concepto de ‘mínimo vital’ o ‘mínimo existencial’ se relaciona con una persona o grupo de personas cuya subsistencia se ve amenazada por el incumplimiento de las obligaciones del Estado o de un particular, frente al cual se encuentran en condición de indefensión. Las normas del derecho social protegen ese mínimo social requerido para que las personas cuenten con las condiciones materiales que les permitan llevar una existencia digna.” (Considerando III).

En **Guatemala**, primeramente el Tribunal Constitucional explicó que los derechos sociales, económicos y culturales: “No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o

activas..., tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales de la población en general” (sentencia del 17 de febrero 2010) (CHACÓN, 2015, p. 26). Dicho caso sirvió de antecedente al ser citado en una nueva resolución al interpretar algunas normas de la seguridad social como total iniciativa política de aumentar la edad pensionable (sentencia del 6 sept. 2012).

Frente a una serie de medidas del Gobierno (Acuerdos) que habían establecido una serie de zonas económicas especiales, que permitían la fijación de salarios mínimos en el sector (con el objetivo de supuestamente incrementar nuevos trabajos en la zona), el Tribunal constitucional (Expedientes Acumulados 2-2015-151-2015, 298-2015 y 1045-2015) “consideró que el monto establecido como salario diferenciado es inconstitucional por violación al derecho al mínimo vital, pues dos personas que trabajen (promedio) bajo ese régimen fijado, no podrían llegar a cubrir el costo de vida de una familia promedio” (PELÁEZ, 2017, p. 89). En dicha decisión, consideró que el mínimo vital era un derecho fundamental que se deducía en forma implícita de varias normas constitucionales.

429

En **México**, la primera aproximación al tema del mínimo vital por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación guardaba relación al régimen tributario, en especial para resolver la discrecionalidad legislativa en ese ámbito (CSJN, tesis 1a. CCL/2007). Siguiendo esa misma dirección, en otro caso, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de ciertas leyes relativas a las cargas tributarias (en específico, los artículos 177 y 178 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), al afectarse el mínimo vital, que no puede solo verse como un concepto ligado a la supervivencia económica, sino mucho más allá, que permita realmente una vida digna (CSJN, Pleno, Libro 1, tomo I, n.159820, Tesis aislada, 2013).

También ha desarrollado la noción en materia de educación, al señalar que “forma parte del derecho al mínimo vital, por lo que, condicionar su otorgamiento al pago de una contraprestación, significaría condicionar las necesidades básicas del individuo, al interés de un particular, lo cual es inadmisibles” (SCJN, tesis: 1a. CCCXVII/2014,10a., 2014) (PAZ; BERNAL, 2016, p. 111). E, igualmente ha hecho alguna “asociación”

del mínimo vital con el derecho que tienen los dependientes públicos de percibir su salario mientras dure el proceso de suspensión administrativa, al concluir que “los órganos jurisdiccionales tienen obligación de pronunciarse al respecto, toda vez que se encuentran obligados a proveer lo necesario para hacer respetar este derecho tomando en consideración que la relación laboral no está concluida en tanto la autoridad resuelva lo conducente, de ahí la necesidad de percibir ingresos para su subsistencia” (CSJN, tesis identificada IV.1o.A.31 A, 10ª) (SOTO; AGUIRRE, 2019, p. 102).

En el **Perú**, su Tribunal Constitucional ha abordado la noción para decidir el fondo del recurso de inconstitucionalidad contra la reforma constitucional del sistema de pensiones (Exp. núm.0050-2004-AI/TC), donde si bien primero consideró el carácter fundamental del derecho de pensión, e incluso, reconoce la existencia de cierto derecho a una *pensión mínima vital*, también dedujo que este derecho no era absoluto. Que como la pensión se comprendía entre los derechos “adquiridos”, es decir, por tratarse entre los derechos de “propiedad”, podría ser reducido y limitado por razones de utilidad pública o interés social, según dijo constaba de la propia Convención Americana (LANDA, 2006, p. 236). El Tribunal consideró que jurídicamente la reforma constitucional llevada a cabo por el Congreso de la República no vulneraba el derecho a la pensión de los demandantes.

430

En otro asunto citado por Guzmán, específicamente “(...) en la Sentencia N° 0050-2004-AI y acumulados, define el derecho al mínimo existencial, en los siguientes términos: 105. La Constitución, por lo menos, debe exigir al Estado la provisión de un mínimo vital, protegido como contenido esencial, a fin de que las personas desarrollen una vida digna, procurando la igualdad material entre ellas. Para ese efecto, es necesario que la protección del derecho a la vida digna sea una obligación exigible al Estado...” (GUZMÁN, 2017, p.17).

Más adelante, estableció que se puede proteger el mínimo vital en materia de pensiones a través de las acciones de amparo, sobre el derecho fundamental a la pensión, forma “parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar **el derecho concreto a un ‘mínimo vital’**, es decir, aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una

subsistencia digna de la persona y de su familia...” (Exp. núm.1417-2005 AA/TC, FJ 37)(GARCÍA BELAÚNDE; CRUZ, 2016, p. 122).

En **Venezuela**, la Sala Constitucional ha decidido no entrar al fondo de la cuestión en estos temas “sensiblemente” políticos. Al negar, por ejemplo, la posibilidad de Gobernadores de Estado puedan plantear demandas colectivas en contra de determinadas omisiones del Poder Público nacional que por no cumplir con los presupuestos, afectan los *derechos sociales básicos* de los propios ciudadanos de dichos Estados o provincias (sent.1395/2000, de 21 de noviembre) y más importante, cuando sobre el mínimo vital (alrededor del llamado “salario mínimo vital”) rechazó entrar en mérito del asunto, ante supuesta falta cualidad de los accionantes (contentiva en la central obrera más importante del país) en reclamo de una verdadera paga salarial en un exiguo “aumento” del monto por vía de decreto presidencial por ser violatorio del mínimo vital (sent.1369/2001, del 03 de agosto). Según la base jurisprudencial, la única –y pobre– intervención sobre el mínimo vital, se hizo por la segunda Corte más importante del país (denominada Corte Primero de lo Contencioso Administrativo), en un argumento simplemente declarativo y sin contenido material, “(...) el Estado Social es un Estado que se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con mínimos vitales a partir de los cuales poder ejercer su libertad” (Corte Superior Contencioso Administrativo (CSCA), sentencia del 8-2-2010)(RAMOS, 2010, p. 123).

c. En Medio Oriente

En **Israel**, que también es un Estado de bienestar con su tradición del Common law, representa un caso poco estudiado dentro de algunas experiencias alrededor de la noción del mínimo vital como derecho. A pesar de no contar desde su formación como Estado con una Constitución “escrita” (sino Leyes Básicas que funcionan como tales), su caso merece especial atención.

Porque, es bastante llamativa la forma en que los autores Rabin y Shany pueden concluir luego de analizar una serie de casos dictados por la Corte Suprema de Israel, según los cuales, “more relevant to our topic, social rights have been largely excluded from this ‘judicial

constitutionalization’ project-the exception being the right to minimal conditions of subsistence and the free choice of employment, which the Supreme Court proclaimed in a few early twenty-first century cases to be part of the constitutional right to human dignity (and, in one case, part of the right to bodily integrity)”. (RABIN; SHANY, 2008, p. 685).

La doctrina comparada comenta la actitud de aquella jurisdicción del TSI en delinear algunos de los elementos sobre el “mínimo vital” por considerarlo integrante del *derecho al agua* en comprensión de que “la dignidad de una persona, como derecho subjetivo, también incluye el derecho a un mínimo vital, en cuanto a vivienda, alimentación y acceso a los servicios de salud” (Corte Suprema de Israel, Legislative Appeal 3829/04 Twito v Municipality of Jerusalem (2004), PD 59 (4) 769, 779) (BERNAL, 2015, p. 191). Más adelante en otro caso, reconoció que el derecho al agua estaba implícito en la Ley Fundamental citada (caso 9535/06 Abadallah Abu Massad and Others v. Water Commissioner and Israel Lands Administration (2011) (BERNAL, 2015, p.190).

- **Comentario final:** Luego de revisadas algunas de las sentencias más relevantes de todos los países en estudio, observamos la manera en que las distintas Cortes han interactuado entre sí; al punto de existir un movimiento importante de la doctrina con miras de “comparar” los distintos sistemas jurisprudenciales que se implican en la materia. A título ilustrativo, se puede observar la comparación jurisprudencial alrededor del mínimo vital o existencial: (i) entre Alemania, España, Grecia y Portugal (MARCHESE, 2016; SUPOIT, 2016); (ii) entre Alemania, Francia y Suiza (CARILLO, 2018); (iii) entre Alemania y Colombia (NASH, 2008); (iv) entre Brasil y Colombia (POLANCO, 2016); (v) entre Alemania, Brasil, Colombia y Portugal (Sarlet, 2015); (vi) entre Italia y Portugal (BRANCATI, 2018); (vi) entre Alemania, Colombia y Suiza (NIVARD, 2012).

Según Casal, “la aproximación alemana al problema de la justiciabilidad de derechos prestacionales en ausencia o por encima de la ley tiene algunos puntos de conexión con la perspectiva dominante en América Latina” (CASAL, 2015, p. 39). En

cualquier caso, a pesar de las tensiones naturales entre poderes, pensamos que en la temática de los desarrollos del mínimo vital o existencial (con deferencia o no a la política), que en buena medida guarda relación con los desarrollos de los derechos sociales, parece que puede aplicarse esa premisa que sostiene Brewer acerca del rol que tiene la justicia constitucional de “colaboración” con el legislador (BREWER, 2014, p. 37). En este punto, merece la pena concluir con la opinión de Rodríguez-Arana por la importancia que le imprime a los desarrollos jurisprudenciales de la noción, en el sentido que:

“De las decisiones sobre el derecho a un mínimo vital, sobre el derecho a las condiciones mínimas para una vida digna, y también, en el plano de la progresividad de las condiciones de dignidad de la persona, se pueden derivar o deducir derechos sociales fundamentales a partir de posiciones jurídicas fundamentales a través de una pertinente y coherente argumentación jurídica que pone de relieve que el sistema jurídico del Estado social y democrático de Derecho tiene soluciones, solo faltaría, para que en la realidad y en la cotidianeidad la dignidad del ser humano es el fundamento y el centro del Derecho Público Constitucional” (RODRÍGUEZ-ARANA, 2016, p. 36).

433

8. Conclusiones (nunca definitivas)

De lo expuesto se pueden hacer unas precisiones finales (jamás definitivas).

Que el mínimo vital o existencial tiene varios antecedentes e institutos que le sirven de base. Que luego de postularse por la doctrina, consta en algunas prácticas e intervenciones legislativas en varios países que ha permitido a su vez desarrollo vía jurisprudencial en materias variadas.

Que en virtud de determinadas intervenciones políticas —e incluso, omisiones— se ha venido construyendo jurisprudencialmente un *derecho* desde la interpretación de la Constitución en cada caso. Es entonces, un

derecho “desarrollado principalmente desde la jurisprudencia y la doctrina” (CELI MALDONADO, 2011, p. 1).

Es igualmente llamativo que la noción se ha ido nutriendo recíprocamente en varios lugares y contextos, si se observa la importante doctrina que se refiere entre sí. Es por tanto, estimulante tal intercambio de experiencias e ideas.

A título ilustrativo, entre tantas: (i) En **Reino Unido**: P. BALDWIN. *The politics of social solidarity. Class bases of the European Welfare State (1875/1975)*, Cambridge University, UK, 1990, p. 4, citando a A. Masferrer. *El mínimo vital*, en: MASFERRER (ed.), *El minimum vital y otras obras de carácter sociológico*, **Guatemala**, 1950; (ii) en **Estados Unidos de Norteamérica**: D. SIMMONS. *Vital minimum. Need, science & politics, in modern France*, The University of Chicago press, EEUU-UK, 2015, citando A. BARJONET. *Ce que vous devez savoir sur le minimum vital*, Le Peuple 31, nro. 309, **France**, 1950; (iii) en **España**: E. CARMONA CUENCA. *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978*, Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, nro. 172, 2012, p. 64; citando a F. PIZZOLATO. *El minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, **Italia**, Giuffrè, 2004, p. 163; (iv) en **Italia**, Ch. VALENTINI. *Il futuro dei diritti sociali tra garanzie essenziali e garanzie ragionevoli*, In: Juras gentium, Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Vol. IX, n.1, 2012, p. 82, citando a: R. ARANGO, “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, Ratio Juris, (2003), 2, **Colombia**, pp. 143-144; etc.

Asimismo, son constantes los comentarios a otras fuentes, como en Italia citando los trabajos que en Reino Unido hicieron célebres a los esposos Webb; ejemplo, L. MARROCU, *Il salotto della signora Webb*, Roma, Editori Riuniti, 1992, pp.130-134, para referirse especialmente a: Sulla *Royal Commission on the Poor Law*, A.M. McBriar, *An Ewardian Mixed Doubles: The Bosanquet vs the Webbs. A Study in British Social Policy 1890-1929*, Oxford, 1987. En definitiva, todo parece indicar que no hay una sola ni única idea teórica, sino que es el producto y concurso de varias

ideas y escuelas. En derivación de lo expuesto, coincidimos con Marchese de que en los estudios del mínimo vital, parece existir una línea de continuidad (MARCHESE, 2016, p. 43).

Junto a las experiencias citadas de las Altas Cortes examinadas en América, Europa y Medio Oriente, se suman ahora algunas aproximaciones que ya se hacen igualmente sobre estos mismos temas en varias Cortes de derechos humanos, lo que hace suponer el impacto que esto traerá en los respectivos sistemas y países. En efecto, mucho más activa la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), que a título ilustrativo encuentra varios casos (ejemplos C-249/83; C-234/01; F-126/15; C-122/84, C-485/07²) frente a apenas cierta realización incipiente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (mediante Opinión Consultiva OC-22³).

Todo parece indicar que existen importantes argumentos para actualizar el debate en favor de la noción, no obstante de su “problemática” realización a lo interno de cada Estado frente a los típicos argumentos de la “democracia” (invasión de funciones, impacto en los presupuestos, principio de legalidad, etc.).

435

A pesar de esta dialéctica y contradicciones presentes en los distintos desarrollos políticos-jurisprudenciales del mínimo vital, lo convierten en verdadero “derecho” material más allá de una noción abstracta o principio.

En el concurso de ideas, no hay dudas que el desarrollo del derecho jurisprudencial del mínimo vital constituye un hito –un nuevo paso–, quizá pequeño –pero importante– en la prospectiva de la justicia constitucional en las distintas manifestaciones para la defensa de los derechos fundamentales; allí donde un presente por complejo que parezca, sigue siendo un desafío cada día para el resto de Cortes con una agenda pendiente. Este debate está en pleno apogeo en la búsqueda de nuevas respuestas.

2 Vid. <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

3 Vid. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/opiniones-consultivas>



Bibliografía

1. AGUDO RUIZ, Alfonso (2016). *Estudios de derecho fiscal romano*, Universidad de la Rioja, Madrid, Dyckinson.
2. AGUIRRE HERNÁNDEZ, Jorge (2014). *La pobreza como detonante para pensar el Derecho y sus valores fundamentales*, Tesis doctoral: En Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad, Facultad de derecho y Criminología, Universidad autónoma de Nuevo León. <https://pdfs.semanticscholar.org/d352/cce171afce43c6decc064af1236a8cc4564c.pdf>
3. ALEXY, Robert (2012). *Teoria dei diritti fondamentali*. Collezione di Testi e di Studi, Diritto, Italia, Il Mulino.
4. ALEXY, Robert (2009). *Sobre los derechos constitucionales a protección*, en: AA.VV. Derechos sociales y ponderación, 2ª ed., Madrid. Fund. Coloquio Jurídico Europeo
5. ANDRADE, Betty (2013). *Inmunidad tributaria de los derechos humanos. Capacidad contributiva y mínimo vital* (tesis doctoral), Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas, Centro de estudios de post-grado, Doctorado en Ciencias mención derecho, Universidad Central de Venezuela (inédita).
6. ARANGO, Rodolfo (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Legis.
7. ARANGO, Rodolfo (2011). *Justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia*, en: AA.VV., Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina, A.Von Bogdandy, H.Fix-Fierro, M.Morales Antoniazzi, E.Ferrer Mac-Gregor (Coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, UNAM.
8. ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (2002). *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital (Estudio de caso: despido de mujer embarazada)*, Estudios ocasionales, Ediciones Uniandes, Facultad de derecho, Bogotá, 2002, Centro de investigaciones socio jurídicas CIJUS.
9. ARANGO, Rodolfo (2015). *Los derechos sociales*, en: AA.VV., Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, J.L. Fabra Zamora; V. Rodríguez Blanco (Eds.), México, Serie Doctrina Jurídica, tomo II, n.713, 1ª ed. México, DF, Biblioteca Virtual de la UNAM.
10. ARAVANTINOU LEONIDI, Giulia (2015). *Costituzionalismo e crisi economica. I diritti sociali in Grecia*, anno V, n. 3, ResearchGate.
https://www.researchgate.net/publication/323810043_Costituzionalismo_e_crisi_economica_I_diritti_sociali_in_Grecia/citation/download

11. BARATIERI, Noel (2014). *Serviço Público na Constituição Federal*, Porto Alegre Livraria do Advogado.
12. BARJONET, André (1950). *Minimum vital, salaires et convention collectives*, in: La nouvelle critique, n. 14, mars, Paris, Revue du Marxisme militant.
13. BASTERO DE ELEIZALDE, José (2014). *Vida de María*, Madrid, ediciones Rialp.
14. BENITEZ, Vicente (2011). *Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia*, nro.122, Revista Universitas. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a11.pdf>
15. BERNAL, Carlos (2015). *La protección del derecho fundamental al agua en perspectiva internacional y comparada*, Revista de Teoría del Derecho de la, año II, Nro.1, abril, Universidad de Palermo. https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho_08.pdf
16. BRANCATI, Bruno (2018). *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio per le Corti costituzionali*, Saggi e Studi, Pisa University press.
17. BREWER CARÍAS, Allan (2017). *Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales*, II Congreso Internacional “Los Derechos Económicos y Sociales y su Exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho,” noviembre, Tribunal Constitucional de la República Dominicana. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/04/890.-Justiciabilidad.pdf>
18. BOYLE, Katie (2017). *Constitutionalising a social minimum*, Works shop papers, United Kingdom, The University of Edinburgh. http://www.globaljusticeacademy.ed.ac.uk/human_rights_and_social_justice/onati/workshop_papers
19. CAPPELLETTI, Mauro (1984). *Giudici legislativi?*, Milano, Ed.Giuffré.
20. CARMONA CUENCA, Encarnación (2006). *Los derechos sociales de prestación y el derecho al mínimo vital*, en: AA.VV. Nuevas políticas públicas., Sevilla Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas.
21. CARMONA CUENCA, Encarnación (2012). *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978*, Estudios Internacionales, nro.172, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales.
22. CARMONA CUENCA, Encarnación (2017). *El derecho a un mínimo vital y el derecho a la renta básica* (Capítulo: Temas emergentes), AA.VV. Anuario de Derechos Humanos, Facultad de derecho, n.13, Chile, Universidad de Chile.
23. CASAÚS ARZÚ, Marta (2013). *El pensamiento de Alberto Masferrer en el*

- siglo XXI, en: Cuadernos Americanos, 146, México, n.4, UNAM. <http://www.cialc.unam.mx/cuadamer/textos/ca146-67.pdf>
24. CARRILLO, Marc (2018). *La crisis y los derechos sociales en las políticas públicas de la Generalitat*, núm. 56, junio, Revista Catalana de Dret Públic <https://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/download/338286/429184>
25. CONFERENCE SUISSE DES INSTITUTIONS D'ACTION SOCIALE (CSIAS) (2016). Document de base: *Le minimum vital social de l'aide sociale*, Berne, Suisse. https://www.csias.ch/fileadmin/_migrated/content_uploads/2016_sozExistenzminimum-f.pdf
26. CONVERS, Alejandra; MARTINEZ, Laura (2013). *El mínimo vital y su incidencia en la tributación*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Especialización en derecho tributario, Bogotá, Pontificia universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/14911/ConversDiazAlejandra2013.pdf?sequence=1>
27. COURTIS, Christian (2009). "El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias", en: AA.VV. La protección judicial de los derechos sociales, Ch. Courtis y R. Ávila Santamaría (Coords.), Serie justicia y Derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, 1ª ed., Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
28. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-22, voto concurrente del juez Roberto F. Caldas, FJ, 10. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/votos/vsa_caldas_22_esp.pdf
29. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Voto concurrente del ministro Sergio A. Valls Hernández, en el amparo en revisión 2237/2009. <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/VotosOld/VotoPar/10002040.002.DOC>
30. CRISAFULLI; Vezio; PALADIN, Livio (1990). *Commentario breve alla Costituzione*, Breviaria Iuris a cura di G. Cian; A. Trabucchi, Padova, CEDAM.
31. CRUZ, Paulo Márcio (2011). Fundamentos do direito Constitucional, 2ª ed., Curitiba, Ed. Juruá editora.
32. DE MARCO, Christian (2011). *Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais*, en: A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais. Desafios do século XXI, Organizadores N.Baez y D.Cassel, Fundación para el debido proceso, Joaçaba, Brasil, Editora Unoesc.
33. DE NITTO, Achille. (2002). *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori. Ricerche in tema di teoria delle fonti*, Lecce, Argo.
34. DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac; BERNAL BALLESTEROS, María (2016). *Derechos fundamentales y el mínimo vital: una visión desde la filosofía política*

y la dogmática constitucional en torno a los derechos sociales, en: AA.VV. Fundamentos axiológicos de los derechos humanos: Órganos constitucionales y supranacionales, M.Bailón Corres, C.Brokmann Haro, 1ª ed., Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4809/6.pdf>

35. DICCIONARIO IBEROAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2011), *Mínimo vital* (CELI MALDONADO, Alejandra). Universidad de Alcalá, España. http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_public/view/1
36. DIZIONARIO DI ECONOMIA, *Scola Classica*, a cura di S. Ricossa, terza ed., Torino, 1998, UTET.
37. DUQUE QUINTERO, Sandra Patricia; DUQUE QUINTERO, Mónica; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Patricia (2019). *Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial*, vol.17, Nro.01, enero-julio, Revista Encuentros.
38. CHACÓN LEMUS, Mauro (2015). *El control judicial de los derechos sociales*, Universidad Rafael Landívar Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Facultad de derecho, Tesis: Máster universitario de investigación en Derecho: “Sociedad democrática, Estado y derecho”, Guatemala, Universidad del País vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2015/07/14/Chacon-Mauro.pdf>
39. CHAVES DE FARIAS, Luciano (2010). *Mínimo existencial: um parâmetro para o controle judicial das políticas sociais de saúde*, Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania, Salvador, Brasil, Universidade Católica do Salvador. <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp138920.pdf>
40. CHRISTODOULIDIS, Emilius (2016). *Crise e jugement : Le Conseil d'État grec face à l'austérité*. In : AA.VV. Le gardiens nationaux des droits sociaux en Europe. Les recours nationaux et internationaux, partie 2, Semaine sociale Lamy, Alain Supiot (Dir.), Lamy Revue, n.1746 Walters Kluwer. https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL3410414158058518592_Quis_custodet_ipsos_custodies.pdf
41. CHRISTOL, Michel; NONY, Daniel. *De los orígenes de Roma a las invasiones bárbaras*, Trad. Guillermo Fatás Cabeza, ediciones Akal, Madrid, 2005.
42. FALSITTA, Gaspare (2008). *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, L'ordinamento tributario italiano, Collanta diretta da G. Falsitta e A. Fantozzi, Ed. Giappichelli.

43. FORNIELES GIL, Ángel (2013). *Primun vivere, deinde tributum solvere: El mínimo existencial como principio histórico*, en: Fundamenta Iuris, Terminología, principio e interpretatio. De Roma a la actualidad, M. del Carmen Pérez (Coord.), Universidad de Almería.
44. FORSTHOFF, Ernest (1969) *Traité de Droit administratif allemand*, traduit dl'allemand par Michel Fromont, Bruxelles, Ed. Bruylant.
45. FERCOT, Céline (2012). *Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé*, Section 2, juin. La Revue des Droits de l'Homme. <http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/le-juge-et-le-droit-au-minimum.pdf>
46. GARCÍA ARAYA, José (2013). *La pensión mínima existencial. Algunas particularidades de la seguridad social en Costa Rica*, Repositorio UNED. <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/1144/1/Pensionminima.pdf>
47. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2012). *El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm.133, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n133/v45n133a3.pdf>
48. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; ETO CRUZ, Gerardo (2016). *Constitución peruana*, Historia y dogmática, 2ª ed., Lima, Adrus Editores.
49. GOLAY, Christophe (2009). *Derecho a la alimentación y acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional regional e internacional*, en: Estudios sobre el derecho a la Alimentación, FAO, Roma, Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación. <http://www.fao.org/3/a-k7286s.pdf>
50. GOMES CANOLTIMHO, José Joaquín (1989), *Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista del centro de estudios constitucionales, n.1, Madrid, CEC.
51. GUZMÁN ÁLVAREZ, Ronald (2017). *El derecho al mínimo existencial como límite al procedimiento de cobranza coactiva: El caso de la inembargabilidad de los bienes que garantizan la subsistencia del deudor tributario*, Escuela de Posgrado, Maestría en Tributación y Política Fiscal, Perú, Universidad de Lima. <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/8046>
52. HÄBERLE, Peter (2014). *Dimensões dos Direitos Fundamentais à Luz de uma Comparação de Níveis Textuais de Constituições*, seção especial, V.11, n.55, Revista Direito Publico, DPU.
53. HACHEM, Daniel. (2015). *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas*, primer semestre, Revista Europea de Derechos Fundamentales. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5264974>

54. HACHEM, Daniel (2014). *Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas*, nro.1, vol.1, Santa Fe, Argentina, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.
55. HERRERA, Carlos (2012). *Francia*, en: AA.VV. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, G. Escobar Roca (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., España, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5154/8.pdf>
56. HONÓRIO, Claudia (2009). *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasil, Curitiba Universidade Federal do Paraná. <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
57. KAZEPOV, Jury (1994). *Cittadinanza e povertà. Istituzioni e trasformazioni nei percorsi di esclusione in Lombardia (Italia) en el Baden-Württemberg (Germania)*, Tesi di dottorato, Dottorato di ricerca in sociologia, V ciclo, febbraio, Consorzio universitario Milano-Torino-Pavia.
58. LAMMERTYN, Frans *Les jeunes dans l'Etat-Providence*, SPB, Département de la Politique scientifique fédérale (FEDRA) BELGIAN SCIENCE POLICY OFFICE (BELSPO). <http://www.belspo.be/belspo/fedra/proj.asp?l=fr&COD=SO%2F01%2F004>
59. LANG, Joachim (2001). *Los presupuestos constitucionales de la armonización del derecho tributario en Europa* (cap.XX), AA.VV., Tratado de derecho tributario, dirigido por A. Amatucci, t.I, Bogotá, Ed. Temis.
60. LEIJTEN, Adriana (2015). *Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights* (Ph.D thesis), Leiden University. <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/34927>
61. LEMAITRE, Julieta (2005). *El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia*, (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Paper n.43, Yale Law School, SELA.
62. LEMBKE, Ulrike (2018). *Germany*, in: AA.VV. *Social rights in Europe in an age of austerity*, edited by Stefano Civitares Matteucci and Simon Halliday, London and New York, Abingdon, Oxon (United Kingdom), New York (EEUU), Routledge.
63. LÓPEZ MEDINA, Diego (2008). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 4ª reimpresión, Bogotá, Ed. Legis.
64. LOSANA, Mateo (2012). *Profili inediti dei diritti costituzionali: argomenti interpretativi, criteri di giudizio e tecniche decisorie della Corte costituzionale e dei giudici comuni*, In: *Archivio di Diritto e Storia Costituzionali*. Università

- Di Torino. https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/124329/19193/Losana-Profilo_inediti.pdf
65. LOUREIRO, João Carlos (2010). *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodrilo da economia e a medusa da ideologia dos 'direitos adquiridos'*, Coimbra editora, 1ª ed., Portugal, 2010 Wolters Kulwer.
 66. LUTHER, Jörg (2006). *Ragionevolezza e dignità umana*, Working paper, n.79, Dipartimento di Politiche Pubbliche e Scelte Collettive, oct., Polis, Università del Piemonte Orientale. <http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther79.pdf>
 67. MAFFEZZONI, Federico (1970). *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Teoria e pratica tributaria, Diretta da Gian Antonio Micheli, Unione Tipografica editrice Torinese (UTET).
 68. MARCHESE, Claudia (a cura di). *Vincoli di bilancio, finanza pubblica e diritti sociali prospettive comparate: Germania, Spagna, Portogallo e Grecia*, Roma, stage 2015, febbraio 2016, Corte Costituzionale. http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu273.pdf
 69. MARIN-BARNUEVO FABO, Diego (2016). *La protección de la familia en el sistema tributario*, en: AA.VV. Justicia tributaria y derechos humanos, J. M. Ortega M. (Coord), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, Biblioteca Jurídica virtual de la UNAM.
 70. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1962). *La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "Daseinsvorsorge"*, Madrid, n.38 Revista de Administración Pública.
 71. MEJÍAS BRUGOS, Otto (2016). *El Minimum Vital en sus relaciones con el derecho (El vitalismo desde una perspectiva teórico-práctica)*, Teoría y praxis, n.28, enero-mayo, Editorial Universidad Don Bosco. <http://rd.udb.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11715/1194/3/2%20El%20Mínimo%20Vital%20en%20sus%20relaciones.pdf>
 72. MIRANDA, Jorge (2012). *A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*, Rivista Direito e Libertade, vol.14, n.1, jan./jun., Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (Esmarn).
 73. MEZZETTI, Lucca (2007). *La Giustizia costituzionale: Storia, Modelli Teoria*, en AA.VV. L.Mezzetti., E.D'Orlando, E.Feroli, Verona, CEDAM.
 74. MOLINA BETANCUR, Carlos (2007). *Corte Constitucional y revolución social*, en: AA.VV. Corte Constitucional y Estado social de Derecho, Universidad de Medellín, C.M. Molina Betancur (Comp.), Colección Memorias jurídicas, nro.4, 1ª ed., Medellín, Sello Editorial.
 75. MONTICELLI, Elena (2015). *Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, Osservatorio Costituzionale, n.2. AIC. . www.osservatorioaic.it

76. MORRONE, Andrea (2001). *Il custode della ragione*, Milano, Giuffrè.
77. MONTEIRO PESSOA, Rodrigo (2017). *El mínimo vital como principio jurídico derivado de los derechos a la vida, igualdad, libertad y dignidad humana y los problemas para su implementación en Chile*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Chile.
78. NASH ROJAS, Claudio (2008). *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. Tendencias jurisprudenciales, Tesis doctoral, Facultad de Derecho Programa de Doctorado en Derecho, Santiago, Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106789>.
79. NENCY, Giuseppe (1997). *Estado: el complejo de las relaciones interestatales*, en: AA.VV. *Los ideales del Mediterráneo. Historia, filosofía y literatura, Georges Duby (dir), Icaia-Antrazyt, n.102, Barcelona, ediciones Icaria*.
80. NETO, Julio (2014). *Dignidade social: direitos fundamentais e as fronteiras da atividade prestacional do estado*, vol. II, Faculdade de Direito, Lisboa, Portugal, Universidade de Lisboa. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25140/2/ulsd729678_td_vol_2.pdf
81. NIVARD, Carole (2012). *Le droit À L'alimentation*, in: La Revue des Droits de l'Homme, juin. http://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilit_C3_A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf
82. NOVAIS, Jorge Reis (2010). *Direitos sociais. Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto Direitos fundamentais*, 1ª ed. Coimbra, Portugal, Coimbra editora, Wolters Kulwer.
83. OLANO GARCÍA, Hernán (2009). “*Los fallos de la Corte Constitucional colombiana*”, en: AA.VV. I Congreso internacional sobre justicia constitucional, E.Corzo Sosa (Coord.), serie doctrina jurídica, núm. 476, México, Universidad Autónoma de México.
84. OLIVITO, Elisa (2012) *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in: La tutela dei diritti fondamentali tra diritto político e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova, M. Cavino e Ch. Tripodina (a cura di), Università del Piemonte orientale Amedeo Avogadro, Memorie della Facoltà de Giurisprudenza, Serie II, Vol.36, Milano, Giuffrè editore.
85. ORABONA, Luciano (1985). *Il pensiero económico del cristianesimo*, in: Storia delle idee politiche economiche sociali, diretta da L. Firpo, vol. 2, t.1, 1ª ed., Torino, UTET.
86. ORBEGOSO, Miluska (2016). *La protección de los derechos fundamentales en las prestaciones sociales: relevancia de la organización y el procedimiento*, Tesis doctoral, Facultad de derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/54580/1/Tesis_Orbegoso16.pdf

87. PACHECO RODRÍGUEZ, Miguel (2017). *El estado del Estado social. Una culminación pendiente*, colección Teoría y filosofía del derecho, Barcelona, España, Atelier libros.
88. PECES-BARBA, Gregorio (1984). *La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*, n.10, Rivista trimestrale di Diritto pubblico.
89. PELÁEZ DUBÓN, Sonia (2017). *Análisis constitucional del salario diferenciado en Guatemala*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado. <http://www.repositorio.usac.edu.gt/10779/1/TD-132.pdf>
90. PELAYO MÖLLER, Carlos. *El 'mínimo vital' como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Comisión de Derechos humanos del Distrito Federal, Centro de Investigación aplicada de derechos humanos, Revista electrónica Méthodos, Investigación, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas, n.3, México, UNAM. . <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-metodhos/article/view/30461/27491>
91. PISSARIDES, Christopher. (2015). *Perspectivas del empleo y políticas del mercado laboral*, Cuadernos parlamentarios., Sección Artículos, n.15, tercer trimestre, Lima, Perú, Revista especializada del Centro de capacitación de estudios parlamentarios. http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/numero_15.pdf
92. POLANCO BUGUEÑO, Rodrigo (2016). *Los derechos sociales y la libertad: Un análisis problemático*, serie Estudios, n.9, oct. Derecho Público Iberoamericano (DPI).
93. RABIN; Yoram, SHANY, Yuval (2008). *The Case for Judicial Review over Social Rights: Israeli Perspectives*, vol.14, n.4, October, Israel Affairs <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13537120802340530>
94. REVENTÓS, Daniel (2017). *Reedito di base. Contro l'incertezza*, Le sfide dell'economia, Trad. Alberto Airoidi, anno I, n.39, Milano, RBA.
95. RODOTÀ, Stefano (2012). *Il Diritto di avere diritti, i Robinson*, Letture, Bari, Editori Laterza.
96. ROMBOLI, Roberto (2009). *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in A. Caputo, L. Pepino (a cura di), La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni, Quaderni di Quest. Giust.
97. RUBIO LLORENTE, Francisco (1997). *La jurisdicción constitucional en España*, en: AA.VV. La forma del poder, 2ª ed., CEC, Madrid, CE.
98. ROA JACOBO, Juan (2011). *Derecho al mínimo existencial o vital, particularmente en relación con la proporcionalidad de los tributos*, en Sentencias de

- la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, T.Segovia y R.Mejía Garza, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/Sentencias_dela_SCJN_desdeel_an%C3%A1lisis_delos_DH.pdf
99. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2016). *Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales*, Revista Digital, nro.1, ene-jun. Asociación Argentina de derecho administrativo. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/16858>
100. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2015). *El Derecho Administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo Social)*, Universidad Nacional del Litoral, vol.2, n.2, julio/diciembre, Argentina. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/5161/7864>
101. RONDÓN de SANSÓ, Hildergard (2013). *El efecto prospectivo de las sentencias constitucionales*, en: AA.VV. La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, Universidad Monteávila, t.I, Caracas, Funeda.
102. SAGÜES, María Sofía (2011). *Proyección de la jurisprudencia y resoluciones de los órganos de aplicación de derechos económicos, sociales y culturales en el plano interamericano por los Tribunales constitucionales. Perspectiva Argentina*, AA.VV. Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, A.Von Bogdandy, H.Fix-Fierro, M.Morales Antoniazzi, E.Ferrer Mac-Gregor (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Serie Doctrina Jurídica, Nro.615, México, UNAM.
103. SAGÜES, Néstor Pedro (2006). *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Konrad –Adenauer– Stiftung, 1ª ed., Buenos Aires, editorial Ad.Hoc.
104. SALVADOR, Valmir (2016). *A ausência do mínimo existencial nas comunidades ribeirinhas de Pauini-AM como condição suficiente como quebra da tripartição dos poderes – legitimação do ativismo judicial*, UNIR, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Universidade Federal de Rondônia. <http://www.ri.unir.br/jspui/handle/123456789/1466>
105. SANTOS ROCHA, Thiago (2017). *O papel do mínimo social ante a cláusula da reserva do possível no controle de constitucionalidade brasileiro*, en: AA.VV. Giustizia Costituzionale e costituzione agli albori del XXI secolo, A cura di L.Mezzetti e. Ferioli, e-Book, Bologna, Bonomo Editore.
106. SAMPAIO VENTURA, Catarina (2012). *Portugal*, en: AA.VV. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, G. Escobar Roca (Dir.), Thomson

- Reuters Aranzadi, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5154/9.pdf>
107. SARLET, Ingo. (2015). *Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>
108. SARLET, Ingo; SAAVEDRA, Giovanni. (2012). *Breves notas sobre a garantia do Mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*, en: AA.VV., Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Um diálogo Latino-americano, Curitiba, Brasil, Editora Alteridade.
109. SARLET; Ingo; FIGUEIREDO, Mariana (2008). *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, n. 24, 02 jul., Brasil, Revista de Doutrina da 4ª Região. <https://core.ac.uk/download/pdf/16049457.pdf>
110. SCHNEIDER, Hans-Peter (1979). “*Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales*”, en: Democracia y Constitución, Madrid Centro de Estudios constitucionales. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427304.pdf>
111. SOTO CARRASCO, José; AGUIRRE HERNÁNDEZ, Christian (2019). *El derecho humano al mínimo vital y su aplicación al sistema jurídico-laboral mexicano*, Revista de investigación en derecho, criminología y consultoría, n.12, año 24, México, Benemérita Universidad de Puebla. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6622283>
112. STARCK, Christian (2011). *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Trad. M.Roca Fernández, Madrid, Ed. Dykinson,
113. STEVANATO, Dario (2016). *Dalla crisi dell'Irpef alla flat tax. Prospettive per una riforma dell'imposta sul reddito*, Percorsi, Diritto, Il Mulino.
114. STORMS, Berenice; K.VAN DEN BOSCH, Karel (2010). *Quel est le revenu minimum nécessaire pour une vie digne? Les budgets de référence et la protection du revenu minimal supérieur*, Revue: Pensée plurielle, n°25, 3, De Boeck supérieur. <https://www.cairn.info/revue-pensee-plurielle-2010-3-page-63.htm>
115. SIMMONS, Diane (2015) *Vital minimum. Need, science & politics, in modern France*, EEUU-UK, e-book collection, University of Chicago press.
116. SUPIOT, Alain (2016). *Qui garde les gardiens?. La guerre du dernier mot en droit social européen*, In : AA.VV. Le gardiens nationaux des droits sociaux en Europe. Les recours nationaux et internationaux, Semaine sociale Lamy,

Alain Supiot (Dir.), Lamy Revue, n.1746, Walters Kluwer, https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL3410414158058518592_Quis_custodet_ipsos_custodies.pdf

117. TAMER, Sergio Víctor (2005). *Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor.
118. TENORIO SÁNCHEZ, Pedro (2011). *El Tribunal constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana*, n.2, vol.59, junio-diciembre, Bilbao, España, Estudios de Deusto.
119. TORRES, Ricardo (2005). *Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais financeiros. Os direitos humanos tributação*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar.
120. TORRES, Ricardo (1989). *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, jul-set., Revista de Direito Administrativo.
121. TRIPODINA, Chiara (2013). *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giustizia e política costituzionali, A.Di Giovine, M.Dogliani; G.Zagrebelsky (collana diretta da), Torino, G. Giappichelli editore
122. YOUNG, Katharine (2008). *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, n.33 Yale International Law Journal. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lsfp>
123. UCKMAR, Victor (1999). *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco, 2.ed, São Paulo, Ed. Malheiros.
124. VAN PARIJS, Phillippe; VANDERBORGHT, Yanick (2013). *El reedito mínimo universale*, intervento di Ch. Saraceno, 2ª ed, Università Bocconi editore.
125. VIEIRA DE ANDRADE, Juan Carlos (2010). *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 4ª. Coimbra, Portugal, Ed. Almedina.

Rapporti interordinamentali e modifiche tacite
apportate dalla Corte costituzionale italiana
ai disposti che li riguardano e, a un tempo,
al quadro delle sue competenze*

✍ ANTONIO RUGGERI**

1. **Roberto Romboli e gli studi della giustizia costituzionale in Italia**

Non è facile fare il punto sulla condizione degli studi di giustizia costituzionale in Italia e, ancora meno, lo è stabilire (o, per dire con maggiore cautela, *tentare* di stabilire) quale sia il posto in essi detenuto dalle riflessioni che Roberto Romboli, ormai da quarantacinque anni, consegna alla comunità degli studiosi e degli operatori (tra i quali, appunto, la stessa Corte costituzionale). Non lo è, in special modo, per me, essenzialmente per due ragioni: per un verso, sia pure in una minima, marginale parte, mi troverei costretto a fare un cenno anche ai miei contributi; e la cosa –com'è chiaro– non soltanto mi crea non

449

* Farà parte di *Cultura constitucional y derecho viviente. Estudios en honor del profesor Roberto Romboli*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Lima 2021. La descrizione di alcune vicende ed il richiamo di concetti familiari alla comunità scientifica italiana, fatti nondimeno oggetto di personale rielaborazione, si giustifica nella destinazione dello scritto ad una cerchia di studiosi assai più vasta di questa. Mi corre l'obbligo poi di segnalare che, per lo spazio ristretto qui disponibile, l'apparato delle note e i riferimenti di letteratura saranno contenuti all'essenziale. Infine, avverto che ho anticipato il contenuto del primo paragrafo di questo scritto in una relazione al *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al profesor Roberto Romboli*, organizzato dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS), 8-10 ottobre 2020.

** Professore Emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

poco disagio ma soprattutto rischia di portare a ricostruzioni deformanti e forzose, in palese disprezzo dell'aureo insegnamento impartitoci dalla sapienza giuridica romana secondo cui *nemo iudex in causa propria*; per un altro verso, poi, quest'ammonimento che oggi rivolgo a me stesso potrebbe –mio malgrado– proiettare la sua ombra anche sulla figura dell'illustre studioso che oggi onoriamo, ovviamente senza sua colpa ed anzi, forse, per suo merito. E ciò, per il fatto che il legame di affetto profondo che, senza alcuna retorica e con animo sincero, qualifico come fraterno e che ormai ci lega da oltre quarant'anni, un legame mai incrinato da alcuna ombra ed anzi col tempo sempre più cresciuto, solleva in me (e, forse, anche in altri...) il dubbio che potrei non valutarne la statura di studioso con il giusto distacco che sempre deve stare a base di ogni indagine scientifica.

D'altro canto, parlare di quanto Roberto Romboli (d'ora innanzi: R.) ha fatto e seguita infaticabilmente a fare per i nostri studi, portandoli ad altissimi livelli ed accreditandoli anche in ambito internazionale, è un'impresa titanica che da sola richiederebbe una trattazione a sé che, con ogni probabilità, sarebbe obbligata a portarsi ben oltre lo spazio oggi concessoci. Confesso, ad ogni buon conto, che, in un primo momento, avevo pensato di dedicare questo mio scritto proprio ed esclusivamente a quest'aspetto. Ne sono stato sconsigliato, oltre che per la ragione appena detta, per il timore che la raffigurazione che ne avrei dato avrebbe potuto –come dicevo– dar adito al rilievo della parzialità dei giudizi, velati dall'amicizia, a tutti nota, che v'è tra R. e me, ed ho perciò dirottato la mia attenzione su un tema in minor misura coinvolto dalla relazione interpersonale in parola.

Quel che è certo, assolutamente inconfutabile, è che R. ha dato un impulso decisivo, forse come nessun altro, agli studi di giustizia costituzionale; e basterebbe a testimoniarlo già solo il riferimento a tre dati universalmente conosciuti ed apprezzati.

Il primo di essi è costituito dall'avvio dato, per iniziativa appunto di R., ad alcuni incontri, inizialmente riservati a pochi, selezionati e giovani studiosi dall'acclarata sensibilità per i temi di giustizia, incontri man

mano cresciuti e resi stabili con la istituzionalizzazione del c.d. *Gruppo di Pisa*, così chiamato proprio per il fatto che la prima volta che ci siamo riuniti per confrontarci su questioni di comune interesse riguardanti la giustizia costituzionale è stato a Pisa il 5 maggio del 1990, dove abbiamo discusso de *La giustizia costituzionale a una svolta*¹. Il *Gruppo di Pisa*, infatti, per i primi anni si è esclusivamente dedicato a temi di giustizia costituzionale, per quindi allargare ulteriormente l'ambito di ricerca, senza nondimeno mai perdere di vista la sua originaria e qualificante connotazione². Un ulteriore profilo che desidero mettere in evidenza, soprattutto a beneficio dei colleghi di altri Paesi che potrebbero non esserne a conoscenza, è la circostanza per cui i nostri confronti si sono sempre avuti all'insegna della informalità, diversamente da ciò che si ha in altri convegni, seminari, ecc., che alle volte si svolgono in un clima paludato e segnato da un palpabile formalismo. Credo che anche per questa ragione, oltre che per i risultati scientifici conseguiti, i nostri incontri hanno riscosso un particolare gradimento anche all'estero, dove hanno avuto diffusione per bocca dei colleghi stranieri che vi hanno preso parte.

Il secondo dato è costituito da plurime altre iniziative culturali, frutto della inesauribile inventiva e feconda operosità di R., molte delle quali aventi come specifico punto di riferimento la giustizia costituzionale: tra di esse, la istituzione del dottorato di ricerca in *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* e il corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, che a seguito della scomparsa del Maestro di R., Alessandro Pizzorusso, di quest'ultimo da qualche anno a questa parte porta il nome. Due iniziative che hanno ulteriormente alimentato il credito goduto in Italia ed all'estero da Pisa quale centro elettivo degli studi di giustizia costituzionale, tant'è che specialmente il corso suddetto vede ogni anno la partecipazione di quasi un centinaio di

1 I relativi *Atti*, curati da R., sono poi apparsi per i tipi della Giappichelli l'anno seguente.

2 Ragguagli sul Gruppo in parola, le sue iniziative (tra le quali, da qualche anno a questa parte, una *Rivista* che da esso prende il nome ed ulteriori incontri di studio in aggiunta al consueto convegno annuale) possono aversi dal sito ad esso dedicato: www.gruppodipisa.it.

studiosi, giudici (anche costituzionali!) ed altri operatori di tutti i Paesi del Sud-America che se ne fanno vanto nel loro *curriculum*³.

Il terzo dato è costituito dagli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* che ormai da molti anni vedono la luce a cadenza periodica a cura di R., nei quali si fa un monitoraggio costante dei più salienti svolgimenti della giustizia costituzionale nel triennio precedente, fatti oggetti di analisi puntuali ed approfondite da parte di alcuni studiosi pisani, con in testa lo stesso R. che ha riservato per sé la trattazione del giudizio sulle leggi in via incidentale: un'autentica miniera, quest'opera, dalla quale tutti noi abbiamo costantemente tratto indicazioni preziose per le nostre riflessioni di carattere scientifico.

Ovviamente, a tutto ciò dovrebbero aggiungersi gli innumerevoli studi dedicati da R. alla giustizia costituzionale, praticamente sviscerata in ogni suo aspetto e fatta oggetto di analisi sempre accurate e di considerevole interesse teorico, dei cui esiti ricostruttivi una esemplare raffigurazione sintetica può vedersi nel manuale di *Giustizia costituzionale*, edito dalla Giappichelli e scritto assieme ad alcuni valorosi colleghi e suoi allievi, E. Malfatti e S. Panizza, tra i primi della nutrita schiera di studiosi componenti la Scuola pisana, molti dei quali ormai cattedratici, che, sulla scia del Maestro, hanno fattivamente concorso ad accreditarla e darvi lustro.

Di molto altro vorrei (e dovrei) dire ma lo spazio che mi sono ritagliato per questa rapida introduzione allo studio che mi accingo a svolgere è ormai interamente occupato. Chiudo dunque queste succinte e del tutto inadeguate notazioni introduttive con un pensiero di augurio sincero di ogni bene ed uno di profonda gratitudine, che *toto corde* indirizzo all'illustre studioso ed amico carissimo che oggi onoriamo: per gli

3 D'altronde, testimonianza tangibile del prestigio indiscusso di cui R. gode nei Paesi sud-detti è data, oltre che dall'iniziativa culturale che ha sollecitato la riflessione che vado ora facendo, altresì dal VI Convegno internazionale di diritto processuale costituzionale organizzato in suo onore dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS) e svoltosi via web nei giorni 8-10 ottobre 2020, al quale mi è stato accordato il privilegio di partecipare.

insegnamenti ricevuti (non solo di scienza ma, per ciò che personalmente mi riguarda anche, e soprattutto, di vita) e per quelli che –sono certo– *per multos annos* ancora la penna di R. ci impartirà, e –più ancora– per l'affetto di cui, con straordinaria generosità, a piene mani mi ha fatto (e mi fa) incessantemente dono e che, pur consapevole di non poter ricambiare nella stessa misura, spero di riuscire a restituirgli almeno in parte.

2. Le manipolazioni degli enunciati costituzionali operate dalla Corte e il rischio della eterogenesi del fine conseguente alla innaturale conversione del massimo garante del sistema nel massimo decisore politico e, dunque, in un autentico potere costituente permanente

Vengo, dunque, a dire con la massima speditezza dell'oggetto del mio studio.

Torno qui a riflettere su alcune vicende ed esperienze della giustizia costituzionale fermando specificamente l'attenzione su quelle di esse maturate al piano delle relazioni interordinamentali, in merito alle quali mi riprometto di mettere in evidenza le sostanziali manipolazioni operate dalla Corte costituzionale del disposto di cui all'art. 134 della Carta costituzionale che ne definisce le competenze e, a un tempo, degli stessi disposti riguardanti le relazioni suddette, a partire –si faccia caso– di quelli espressivi dei principi fondamentali di cui agli artt. 10 e 11. Mi preme, infatti, mettere a nudo quello che ai miei occhi appare un autentico ossimoro o paradosso costituito dal fatto che, allo scopo di farsi finché possibile garante della Costituzione, il giudice delle leggi si trova alle volte costretto a... *violare* la Costituzione stessa, forzando non soltanto gli enunciati nei singoli casi invocati a parametro di giudizio ma persino quelli in cui è definito il quadro delle sue competenze, le “meta-norme” cioè della giustizia costituzionale e dei giudizi che la svolgono e concretano.

È chiaro che non è affatto agevole averne sicura conferma. Le formule contenute nell'art. 134 della Carta si limitano –come si sa– a dare la mera definizione (o, forse, meglio, l'astratta enunciazione) delle

competenze stesse, rimandando quindi a sedi normative esterne alla Carta per le loro opportune specificazioni-attuazioni. Per adattare al caso nostro una fortunata immagine coniata –come si sa– per lo Statuto albertino, le formule in parola sono davvero come i titoli dei capitoli di un libro che attende di essere scritto altrove, segnatamente dall’esperienza (in questa sede vista nelle sue più salienti espressioni *ope juris prudentiae*). Qui come altrove, insomma, il dettato costituzionale è fatto a maglie larghe (o larghissime), esibendo una spiccata duttilità strutturale che naturalmente si consegna quindi agli interpreti ed operatori, a partire dalla stessa Corte, cui è perciò riconosciuto un ampio margine di manovra al fine della ricostruzione semantica degli enunciati suddetti. Si aggiunga che, proprio a motivo della singolare apertura esibita dai questi ultimi, la Carta costituzionale, più (e prima ancora) di ogni altro documento normativo, appare essere –è stato rilevato da una sensibile dottrina⁴–, più che un *atto*, un *processo* attraversato da un moto interno incessante⁵, offrendosi a rinnovamenti semantici anche di considerevole portata e rilievo, per quanto poi essi, al di là di alcune “svolte” interpretative vistose, si facciano riconoscere ed apprezzare solo nel lungo periodo, ponendo a raffronto taluni esiti ricostruttivi di fresca formazione con altri venuti alla luce in un tempo ormai remoto.

Per quanto tutto ciò non possa negarsi ed anzi si ponga, forse, come la cifra maggiormente identificante e qualificante la Carta costituzionale rispetto ad ogni altro documento normativo, resta nondimeno il fatto, che qui s’intende mettere in particolare evidenza, secondo cui l’“elastico” costituzionale, al pari degli elastici di frequente utilizzo nella vita d’ogni giorno, non può essere tirato da una parte e dall’altra oltre un certo punto, al di là del quale fatalmente si spezza e si dimostra inseribile. Altro sono dunque alcuni marginali adattamenti degli enunciati per via interpretativa e complessive messe a punto degli ingranaggi dagli stessi previsti, ed altra cosa i veri e propri capovolgimenti semantici dei

4 SPADARO, 1998.

5 Del “moto” della Costituzione ha discorso, part., LUCIANI, 2013; di moti e mutamenti della Costituzione ha quindi trattato anche Mangia, 2020.

primi o la sostituzione dei secondi con altri inventati di sana pianta, ad uso e consumo di chi è chiamato ad avvalersene. In un siffatto frangente viene, infatti, a determinarsi una situazione di grave ed intollerabile incertezza, tanto più rilevante sol che si consideri che se ne ha appunto riscontro al massimo livello di positività giuridica, in quanto *incertezza di diritto costituzionale in senso oggettivo* che poi –come si tenterà di mostrare a breve– si converte e ridonda in un *vulnus* per la *certezza dei diritti costituzionali*.

Di qui, un'autentica, perversa eterogenesi del fine: nata essenzialmente a presidio della Costituzione e, perciò, della sua essenza, i diritti fondamentali, la Corte costituzionale rischia –pur senza alcuna malevola intenzione– di provocare una ferita profonda a questi ultimi, per il solo fatto di far luogo a riscritture continue della Carta, senza limite o preclusione di sorta (in quanto estese –come si vedrà esser accaduto– agli stessi principi fondamentali dell'ordinamento, nonché –come si tenterà ora di mostrare con esempi– alle disposizioni che della Corte stessa stabiliscono le competenze). Rischia, in breve, di commutarsi nel massimo decisore politico, in un vero e proprio *potere costituente permanente*, un potere –si è detto altrove– *mostruoso*, dal momento che, ponendosi la Corte quale organo di “chiusura” del sistema, le sue decisioni sono sottratte a qualsivoglia impugnazione (art. 137, ult. c., Cost.) e possono perciò essere travolte unicamente da un fatto non legalmente riconosciuto bensì forzoso, a conti fatti esso pure costituente, seppur originato –si faccia caso– dal bisogno di restaurare l'ordine e la legalità costituzionale alterati per mano del loro massimo garante⁶.

6 Per lo scenario ora immaginato, parrebbe essere dunque appropriato discorrere di un *fatto “ri-costituente”*, quale ad es. potrebbe essere una manifestazione collettiva del diritto di resistenza da parte degli operatori istituzionali restanti e della intera comunità organizzata nei riguardi di pronunzie “mostruose” siffatte del giudice costituzionale. Di contro, anziché fare ricorso alla categoria teorica dei fatti costituenti, potrebbe riportarsi –come si è fatto da un'accreditata dottrina– l'esercizio del diritto in parola al dovere di fedeltà alla Repubblica ed ai suoi valori. Una ricostruzione, questa, che nondimeno richiederebbe verifiche di ordine teorico qui impossibili a farsi (sul diritto di resistenza, per tutti, Ventura, 2014; sulla fedeltà alla Repubblica, in aggiunta ai noti studi di G. LOMBARDI e dello stesso L. VENTURA, v., part., Morelli, 2013).

Alcune esemplificazioni, qui di seguito fatte in modo assai sommario e senza l'ampio svolgimento argomentativo che sarebbe invece richiesto dalla complessità dei temi trattati, rendono testimonianza di quest'assunto e possono, dunque, valere a dare un'idea seppur largamente approssimativa di quanto si viene ora dicendo.

Un'avvertenza si rende, nondimeno, necessaria e va pertanto subito enunciata con la massima chiarezza; ed è che la Corte è (e resta) un garante del sistema costituzionale, anzi il suo massimo garante, che ha offerto e seguita ad offrire giorno dopo giorno un servizio prezioso, infungibile, a salvaguardia della Carta, degli equilibri assai delicati in essa stabiliti tra le sedi istituzionali, centrali e periferiche, e, più ancora, dei diritti fondamentali e, in genere, delle posizioni soggettive costituzionalmente riconosciute.

Le deviazioni dal solco costituzionale si sono tuttavia avute (e si hanno) ed è doveroso segnalarle. Esse, tuttavia, si dispongono su un piatto che è assai meno pesante di quello in cui stanno i benefici venuti alla collettività ed agli operatori dall'esercizio delle funzioni assegnate alla Corte e che rendono onore a quest'ultima, dando sicura conferma della bontà della soluzione adottata dal Costituente al momento in cui si è determinato ad istituirla.

3. Alcune tra le più vistose torsioni del modello costituzionale: in specie, la innaturale commistione tra i giudizi sulle leggi e i conflitti di attribuzione, l'abnorme dilatazione dell'oggetto del sindacato sulle leggi stesse, esteso da Corte cost. n. 238 del 2014 a norme non scritte, e la spinosa questione teorica riguardante la validità della legge di riforma del Titolo V, nella parte in cui ha introdotto (ad una prima impressione, in deroga vistosa dell'art. 10 Cost.) il limite degli obblighi internazionali discendenti da norme pattizie a carico delle leggi statali

Una delle più vistose torsioni del modello costituzionale, non specificamente riguardante le relazioni interordinamentali ma, in quanto dotata di generale valenza, suscettibile d'incidere anche su queste, è data dalla innaturale commistione tra le competenze della Corte, da quest'ultima operata col fatto stesso di annoverare le leggi e le fonti a queste equiparati

tra gli atti idonei a dar vita ad un conflitto di attribuzione (segnatamente, tra poteri dello Stato). È vero che col tempo la Corte ha tentato di arginare la possibile deriva discendente da questa indicazione di principio, che appare tanto più gravida di implicazioni di ordine istituzionale sol che si consideri la frantumazione della nozione di “potere dello Stato” operata dalla giurisprudenza, ammettendosi dunque la eventualità del conflitto causato da leggi in casi che dovrebbero essere marginali⁷, laddove non sia cioè altrimenti possibile lo svolgimento del sindacato sulle leggi con i procedimenti allo scopo stabiliti (in ispecie quello in via incidentale⁸). E, tuttavia, appunto, questa eventualità non è stata esclusa del tutto, malgrado balzi agli occhi con particolare evidenza che le due competenze in parola – a giudicare delle leggi ed a risolvere i conflitti – non possano risolversi l’una nell’altra e, perciò, si riferiscano di necessità ad oggetti comunque diversi.

Qui, si tocca con mano quanto poc’anzi si diceva in via generale.

La Corte si è determinata a questo passo al fine di rimediare, almeno in parte, alle strettoie dei canali che portano alla Consulta e dar modo così a chi fa domanda di giustizia costituzionale di poter ricevere ascolto da parte della Corte. È però palese il vizio metodico, d’azione, nel quale incorre quest’indirizzo giurisprudenziale. Se infatti la disciplina positiva, risultante da norme di rango costituzionale prima e di legge comune poi, appare per più versi inadeguata, il rimedio giusto è quello che passa attraverso un misurato aggiornamento della stessa, non già l’altro della sua forzata revisione *ope juris prudentiae*. Non è la prima volta e non sarà neppure l’ultima che si assiste ad una innaturale “supplenza” – come si è soliti chiamarla – della Corte nei riguardi del legislatore, dalla prima peraltro da tempo qualificata come “non richiesta e non gradita”⁹. E tuttavia

7 Indicazioni, di recente, in Corte cost. n. 84 del 2020.

8 La qual cosa dovrebbe risultare di sempre più raro riscontro, sol che si pensi alle deviazioni dal canone della rilevanza più volte avutesi (specie in occasione dei giudizi sulle leggi elettorali) e tradottesi in una anomala manifestazione di ricorso diretto mascherato.

9 Così, nella conferenza stampa relativa all’anno 2004 del Presidente *pro tempore*, G. Zagrebelsky, in relazione alla mancata adozione di una disciplina legislativa attuativa della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione operata nel 2001, ma con notazione – come si viene dicendo – dotata di generale valenza.

non è chi non veda la differenza di fondo che si ha tra una “supplenza” posta in essere con riguardo a discipline positive di natura sostanziale, concernenti cioè questo o quel contenuto della regolazione legislativa, ed una “supplenza” invece che si traduca in innovazioni aventi ad oggetto la stessa Costituzione, tanto più poi se –come qui– riguardanti lo stesso assetto delle competenze della Corte.

Ora, è proprio in questo quadro che s’inscrivono alcune novità specificamente rilevanti al piano dei rapporti interordinamentali, sulle quali giova adesso soffermarsi con la massima rapidità.

È interessante notare il peculiare, stretto rapporto che viene ad intrattenersi tra di esse e le tecniche decisorie di cui la Corte si avvale e che –com’è noto– sono state dalla stessa in larga misura forgiate e via via adattate al mutare dei contesti ed alle più pressanti esigenze in essi manifestate.

458

Distinguo a questo riguardo tra le modifiche tacite dell’art. 134 Cost. messe in atto a mezzo di tecniche decisorie –per dir così– usuali o tradizionali, da tempo dunque collaudate con proficui risultati, e modifiche che invece si accompagnano alla (ovvero risultano veicolate dalla) invenzione di tecniche esse pure nuove, siccome giudicate necessarie al fine di porre in essere le prime.

Così, quanto al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, di nessuna nuova tecnica decisoria si ha riscontro nella sent. n. 238 del 2014 che ha comportato un’alterazione vistosa dell’art. 134, con specifico riguardo all’oggetto dei giudizi di costituzionalità, tradottasi in una singolare, abnorme dilatazione della formula che individua quali unici oggetti possibili alcuni tipi di *atto* (appunto aventi “forza di legge”), laddove la decisione in parola vi ha aggiunto altresì *norme di diritto non scritto* (nella specie, quella di adattamento nei riguardi delle “norme generalmente riconosciute” della Comunità internazionale, di cui all’art. 10, I c., Cost.)¹⁰.

¹⁰ Hanno di recente fatto il punto sulla giurisprudenza costituzionale in tema di norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, fermando specificamente l’attenzione

Ancora una volta, si ha qui conferma di quanto poc'anzi si diceva in merito alle ragioni che stanno a base di questa al pari di altre forzature del dettato costituzionale. La Corte ha infatti avvertito forte il bisogno di dare come che sia ristoro a persona che aveva molto patito in occasione della seconda grande guerra per effetto della prigionia in un *Lager* nazista; e l'unico modo per darvi ristoro era quello di andare oltre la regola internazionale che prescrive l'immunità degli Stati esteri da responsabilità civile, sì da poter far valere nei riguardi della Germania la pretesa del risarcimento del danno, a salvaguardia dei diritti fondamentali calpestati (e, sopra ogni altro, di quello della dignità che tutti in sé li giustifica e riassume). Come dire, insomma, che il fine giustifica il mezzo, trascurandosi tuttavia il dato elementare, opportunamente rimarcato da un'accreditata dottrina¹¹, secondo cui "i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini".

Non è, ad ogni buon conto, casuale che le maggiori deviazioni dal modello costituzionale abbiano la loro causa proprio sul terreno su cui maturano alcune delle più salienti esperienze coinvolgenti i diritti fondamentali. Vale per le questioni che esauriscono i loro effetti al piano dei rapporti di diritto interno e vale anche (e, forse, soprattutto) per le altre emergenti al piano dei rapporti interordinamentali.

459

Si faccia caso che alcune innovazioni di primo momento non si rendono immediatamente visibili, non sono cioè "dichiarate", ma risultano da tacite prese di posizione.

Mi limito solo ad un esempio a questo riguardo, cui è nondimeno da assegnare cruciale rilievo, riferendomi alla modifica introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 che –come si diceva– ha riscritto di sana pianta il Titolo V della Carta, nella parte in cui assoggetta anche le leggi statali al limite della osservanza degli obblighi internazionali in genere, dunque anche di quelli discendenti da norme aventi natura pattizia (art.

sulla pronunzia richiamata nel testo, PALCHETTI, 2020; SALERNO, 2020; POLACCHINI, 2020.

11 PUGIOTTO, 2016.

117, I c.). Una novità, questa, di straordinario rilievo, prontamente segnalata con non celata preoccupazione da un'accreditata dottrina¹²; e, a darne conferma, basti solo rammentare la copiosa giurisprudenza formatasi in merito alla condizione delle Carte dei diritti in ambito interno, tra le quali principalmente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹³. Ebbene, proprio la giurisprudenza inaugurata dalle famose sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 ha reso sicura testimonianza del fatto che, a giudizio della Corte, non è da mettere in discussione la “copertura” in via generale ormai assicurata dalla Carta “novellata” ad ogni fonte (anche di natura pattizia) venuta alla luce in seno alla Comunità internazionale. Assai diverso, invece, l'indirizzo dapprima consolidatosi, secondo cui –eccezion fatta di alcuni trattati ed accordi internazionali in genere¹⁴– i patti internazionali in genere, una volta resi esecutivi in ambito interno con legge comune, avrebbero potuto in ogni tempo essere derogati o, come che sia, innovati con altra legge parimenti comune, facendosi piana applicazione del canone della *lex posterior*¹⁵.

460

Ora, il canone inscritto nell'art. 117, I c., pur risultando da fonte di rango costituzionale, come tale abilitata ad innovare alla Carta, appare essere incompatibile con l'assetto dei rapporti interordinamentali stabilito dai principi fondamentali di cui agli artt. 10 e 11¹⁶, in quanto tali idonei a resistere –secondo dottrina e giurisprudenza correnti¹⁷– a modifiche da parte delle stesse leggi provviste di forma (e forza) costituzionale.

12 LUCIANI, 2001.

13 Hanno di recente fatto il punto sui più salienti sviluppi della giurisprudenza in materia Canzian - Lamarque, 2020.

14 ... e, segnatamente, quelli con la Chiesa cattolica (e, per una sensibile dottrina, persino quelli con le altre confessioni religiose, assimilati quanto alla natura giuridica, ai primi), gli altri relativi alla condizione giuridica dello straniero in Italia e gli altri ancora riguardanti le Comunità europee prima e, poi, l'Unione, dei quali ultimi si dirà a momenti.

15 Non ha avuto seguito, fino alla svolta segnata dalla revisione costituzionale del 2001, la “copertura” accordata alle Carte dei diritti da Corte cost. n. 10 del 1993, rimossa dalla giurisprudenza successiva (v., sentt. nn. 438 del 1993, 15 del 1996 e, part., 73 del 2001).

16 Una diversa ricostruzione del quadro costituzionale è a base della soluzione ancora di recente avanzata da Canzian - Lamarque, nello scritto sopra richiamato.

17 Dei limiti alla revisione costituzionale si è, ancora non molto tempo addietro, discusso da parte di AA.VV., 2019; v., inoltre, FERRARI, 2019.

Insomma, può piacere o no –e, ad esser franco, a me nel merito piace– la estensione della “copertura” di cui pacificamente godono, in forza del principio fondamentale di cui all’art. 10, le *sole* norme internazionali “generalmente riconosciute” altresì alle norme pattizie ma essa, a rigore, non avrebbe potuto aversi ed anzi, a portare fino alle ultime e conseguenti applicazioni la nota teoria dei limiti alla revisione costituzionale, neppure potrebbe un domani aversi con legge approvata con le procedure di cui all’art. 138 ed espressamente e specificamente volta ad innovare ai principi suddetti. Praticamente, una opzione, quella fatta dal Costituente agli artt. suddetti, irreversibile, *usque ad aeternitatem*, e superabile solo per effetto dell’avvento di un fatto costituente.

In realtà, quest’esito stringente e, a dirla tutta, soffocante può essere evitato alla sola condizione di far oggetto di un complessivo ripensamento le premesse stesse del ragionamento appena svolto, assumendo cioè che i principi fondamentali non si pongano *sempre* a limite invalicabile sia da parte degli atti di revisione costituzionale¹⁸ e sia pure da altri atti ancora che –a certe condizioni¹⁹– non sono, a mio modo di vedere, invalidabili seppur con uno o più di essi incompatibile.

461

Per un verso, infatti, possono darsi atti di revisione costituzionale che espressamente d’indirizzino verso gli enunciati espressivi di principi fondamentali, puntando tuttavia alla loro ulteriore espansione e valorizzazione, e non già volgendosi alla contrazione dell’area materiale dagli stessi riguardata o, come che sia, alla riduzione ed allo svilimento

18 Qui, tuttavia, con specifico riguardo al disposto di cui all’art. 117, I c., ora in esame, dovrebbe discorrersi di una *revisione tacita* del principio fondamentale di cui all’art. 10, I c., mentre lo stesso II c., che circoscrive la “copertura” nei riguardi delle leggi alle *sole* norme pattizie concernenti la condizione giuridica dello straniero in Italia, sarebbe da considerare ormai assorbito dal generale disposto suddetto. Il punto è, però, che –a stare ad una tesi largamente accreditata– le revisioni costituzionali sarebbero ammissibili unicamente in quanto *esprese o nominative*, diversamente da ciò che si sarebbe avuto ad opera della legge cost. n. 3 del 2001.

19 ... e, in ispecie, a quella che porti alla massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali e, ancora più largamente, ad una ottimale affermazione della Costituzione come “sistema” di valori fondamentali positivizzati.

della loro *vis* prescrittiva²⁰. Altra questione, che nondimeno non può qui essere presa in esame, è quella relativa alla possibilità, in un momento ancora successivo, di tornare alla condizione di partenza, cancellando l'innovazione dapprima apportata o, come che sia, riducendone la portata: trattandosi d'innovazione frutto di atto di potere costituito, parrebbe doversi rispondere affermativamente; solo che in tal modo il valore fondamentale cui l'enunciato costituzionale dà voce patirebbe una contrazione della sua formidabile capacità qualificatoria dell'esperienza.

Per un altro verso, possono darsi norme, di origine sia interna sia esterna, che, seppur incompatibili con questo o quel principio fondamentale, ugualmente escono indenni dal sindacato di costituzionalità che le abbia ad oggetto, in applicazione della "logica", familiare alle esperienze della giustizia costituzionale, del "bilanciamento" tra beni costituzionalmente protetti, secondo quanto si vedrà meglio a momenti ragionando dei "controlimiti" ai quali –secondo la comune opinione²¹– andrebbero soggette le norme dell'Unione europea (e le norme non nazionali in genere) al momento in cui aspirano ad avere ingresso nell'ordine interno.

462

4. La lunga serie di modifiche tacite avutesi per mano della giurisprudenza costituzionale di cui si ha riscontro al piano dei rapporti tra il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e il singolare, continuamente cangiante modo con cui si pongono l'uno davanti all'altro gli artt. 11 e 134 Cost.

L'annosa, non lineare e particolarmente sofferta vicenda delle relazioni tra il diritto interno e il diritto (ieri comunitario ed oggi)

20 Così, ad es., bene potrebbe ammettersi (e, anzi, sarebbe sommamente opportuna) una revisione dell'art. 9 che aggiunga alla tutela del paesaggio quella dell'ambiente e dell'ecosistema o, per ciò che è qui di specifico interesse, una dell'art. 11 che finalmente v'inscriva quella *Europaklausel* da molti e da tempo invocata, secondo quanto peraltro si è già fatto –come si sa– in altri ordinamenti (indicazioni in GUAZZAROTTI, 2019).

21 Riferimenti, di recente, in Polimeni, 2018, dov'è una originale proposta ricostruttiva meritevole di particolare considerazione.

eurounitario appare infarcita di una lunga serie di modifiche tacite del dettato costituzionale operate dalla giurisprudenza costituzionale.

La prima (e più rilevante) di esse è data dalla “invenzione” di quella *Europaklausel* che –come si diceva– fa invece tuttora difetto nella Carta²². Si è cioè assistito ad una integrazione dell’art. 11, ad un’autentica *additiva di principio* (anzi, di un *ulteriore* principio) inscritta in un enunciato in sé espressivo di un principio fondamentale: l’unico mezzo al tempo disponibile, non dandosi i numeri in Parlamento per l’approvazione di una legge costituzionale che sancisse il via dell’avventura comunitaria, sì da poter centrare l’obiettivo di dare un autorevole avallo ed una spinta risoluta, decisiva, al seme della integrazione sovranazionale, senza la quale lo stesso non avrebbe potuto crescere e trasformarsi in una pianta rigogliosa, seppur bisognosa di costanti e tenere cure al fine della sua stessa sopravvivenza.

Onestà intellettuale impone, infatti, di riconoscere che il disposto di cui all’art. 11 si limita a prevedere l’*astratta* assoggettabilità della sovranità a limitazioni giustificate dal fine-valore della pace e della giustizia tra le nazioni, nulla però di più o di diverso da questo²³. Sta di fatto che il disposto di cui all’art. 11 non dà alcuna indicazione circa il modo o i modi con cui le limitazioni suddette possono *in concreto* farsi valere.

463

Ad ogni buon conto, è proprio grazie alla “copertura” apprestata dall’enunciato in parola che si è spianata la via alla operatività in ambito interno del meccanismo dell’applicazione diretta delle norme sovranazionali *self executing*, il quale nondimeno discende –è bene precisare– non già *direttamente* ed *esclusivamente* dall’art. 11 bensì dai Trattati comunitari (e, ora, dell’Unione) che espressamente lo stabiliscono. È questa la ragione per cui il meccanismo stesso –a stare ad una tesi largamente accreditata e fatta propria anche dalla giurisprudenza²⁴– non può valere

22 Una serrata critica alla lettura invalsa dell’art. 11 è, ora, in Esposito, 2020.

23 Ed invero non avrebbe potuto essere diversamente se si considera che le Comunità Europee sono venute alla luce in un tempo successivo a quello della redazione della Carta.

24 ... in ispecie, quanto a quest’ultima, occorre nuovamente fare richiamo delle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 (e succ.) relative alla condizione della CEDU in Italia, laddove si fa

per altri documenti normativi in relazione ai quali non se ne ha positivo riscontro (così, ad es., per la CEDU, che, nondimeno, a mia opinione, può ugualmente ricevere –perlomeno in alcuni casi, dei quali si dirà più avanti– immediata applicazione).

Ora, sono interessanti i riflessi che questo stato di cose ha determinato a carico dell'art. 134 Cost., in merito al ruolo esercitato dal giudice costituzionale in ordine alla risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali.

Si è al riguardo assistito ad un vero e proprio andamento ciclico, ad una sorta di corso e ricorso di vichiana memoria.

In un primo momento, la giurisprudenza costituzionale (spec. sent. n. 14 del 1964) si era dichiarata nel senso della derogabilità delle norme comunitarie (*rectius*, della legge di esecuzione del Trattato che le prevede) da parte delle norme di diritto interno di rango legislativo, in applicazione del canone usuale della *lex posterior*.

464

In un secondo momento (sent. n. 187 del 1973), la Corte riconosce, sì, finalmente la “copertura” offerta alle prime dall'art. 11²⁵, riservando nondimeno a sé la cognizione delle antinomie suddette, nell'assunto che la violazione delle norme comunitarie da parte delle norme nazionali di grado primario, ridondando in violazione indiretta dell'art. 11 che alle prime dà “copertura”, richieda pur sempre di essere sanzionata nei modi propri del sindacato accentrato di costituzionalità sulle leggi. Un ragionamento, questo, che a prima impressione non fa una grinza, linearmente discendendo dallo schema della fonte interposta. Si tratta, tuttavia, di una errata impressione, dal momento che lo stesso art. 11, facendo rimando in tesi (seppur –come si è visto– una tesi forzata...) al

altresì notare che le limitazioni di sovranità, di cui è parola nell'art. 11, valgono unicamente a beneficio di “organizzazioni internazionali” che perseguono il fine della pace e della giustizia tra le nazioni. Non si trascuri, tuttavia, che nella seconda delle pronunzie suddette non fa difetto l'esplicito riconoscimento del carattere “istituzionale” del Consiglio d'Europa al quale –come si sa– la Convenzione fa capo.

25 Ed è questa –come si vede– una prima “svolta” di cruciale rilievo, presto seguita da altre esse pure gravide di implicazioni istituzionali a largo raggio.

diritto sovranazionale, *proprio* per effetto dell'accentramento del sindacato risulta violato *col fatto stesso* della violazione patita dal Trattato che impone l'applicazione diretta di *ogni* norma sovranazionale *self executing*: un principio questo che, perlomeno *secundum verba*, non conosce (o, meglio, non *dovrebbe* conoscere²⁶) eccezione alcuna.

La Corte si avvede dell'errore commesso solo a considerevole distanza di tempo, con una nuova "svolta", rappresentata dalla notissima sent. n. 170 del 1984, con cui spiana finalmente la via alla operatività del canone dell'applicazione diretta. Negli anni seguenti fa tuttavia luogo ad un primo, sensibile recupero del sindacato accentrato in relazione alle antinomie denunciate con il procedimento in via d'azione²⁷. Non persuade, tuttavia, l'argomento addotto a giustificazione della deroga in parola e facente leva sul bisogno di salvaguardare appieno la certezza del diritto attraverso la rimozione in radice e con effetti *erga omnes* della norma annullata.

Per un verso, infatti, portato fino alle sue ultime e coerenti conseguenze, esso dovrebbe giustificare *sempre* l'annullamento invece dell'applicazione diretta. Ciò che però fa a pugni con il canone sovranazionale che in modo categorico prescrive quest'ultima, senza la quale il processo d'integrazione sovranazionale soffrirebbe un *vulnus* non rimediabile, venendo meno, a conti fatti, la stessa ragion d'essere delle Comunità prima e, ora, dell'Unione.

Per un altro verso, non si capisce (o, perlomeno, non riesce a me di capire) come sia mai possibile che una *medesima antinomia* (tra norme interne e norme sovranazionali *self executing*) sia causa ora di "non applicazione", e non già d'invalidità (esclusa espressamente dalla 170 del 1984, sopra richiamata), ed ora invece d'invalidità, sanzionabile appunto con l'annullamento da parte del giudice delle leggi.

26 Non così però –come si vedrà a momenti– alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale.

27 ... e, segnatamente, a mezzo dei ricorsi avverso leggi regionali presentati dallo Stato (sent. n. 384 del 1994) e di quelli avverso leggi statali ad opera delle Regioni (part., sentt. nn. 94, 482 e 520 del 1995).

Per un altro verso ancora, poi, non si dimentichi che le leggi statali e regionali, seppur non annullate, non potrebbero comunque essere applicate²⁸, restando obbligati giudici, amministratori, privati a metterle da canto ed a non farne utilizzo alcuno, perlomeno fintantoché dura appunto l'antinomia (che potrebbe venire meno a seguito di *ius superveniens* di cui si abbia riscontro in ambito interno o sovranazionale).

Questo stato di cose resta, in buona sostanza, immutato fino ad un'altra "svolta" ancora, segnata dalla discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017²⁹ che riporta alla cognizione del giudice costituzionale le antinomie coinvolgenti norme seppur *self executing* della Carta dei diritti dell'Unione e, con un'ulteriore aggiunta dovuta alla sent. n. 20 del 2019, anche norme di diritto derivato alle prime strettamente "connesse" (qualifica, questa, che –si è fatto in altri luoghi notare– appare suscettibile di essere variamente intesa, perlomeno fintantoché la stessa giurisprudenza non ne preciserà i contenuti).

466

Ancora una volta, la giustificazione addotta fa principalmente appello all'attitudine, propria del solo sindacato accentrato conclusosi con l'annullamento, a rimuovere in radice il vizio di norme pregiudizievoli per i diritti fondamentali, un argomento che però –come si è veduto poc'anzi– non appare per vero irresistibile e che, comunque, va incontro alle obiezioni sopra mosse alla giurisprudenza e da questa, a mio modo di vedere, perlomeno ad oggi non superate.

28 Tanto più, poi, per il caso che, portate alla cognizione della Corte, questa si fosse pronunciata allora (e si pronunziasse oggi) per la inammissibilità del ricorso, lasciando tuttavia intendere che nel merito il dubbio di costituzionalità non era (e non è) infondato. Forse, era (ed è) proprio questo l'uovo di Colombo che avrebbe potuto (e potrebbe) vedere la luce presso la Consulta, facendosi salvo il meccanismo dell'applicazione diretta e, allo stesso tempo, fornendosi una precisa indicazione in tal senso ai giudici comuni al fine di metterlo in atto.

29 Su di essa, un franco confronto del punto di vista manifestato dall'illustre studioso oggi onorato e il mio si è avuto sotto forma di un singolare scambio epistolare: v., dunque, Romboli, 2019, cui ha fatto seguito il mio, 2019; dell'argomento, poi, siamo tornati entrambi a trattare in altri studi, ad es. in occasione del Seminario del *Gruppo di Pisa*, Pisa 25 ottobre 2019, i cui *Atti* sono in AA.VV., 2020. In tema, nella mole ormai incontinentibile di scritti, riferimenti ed indicazioni, sia pure da una prospettiva non poco distante dalla mia, possono di recente aversi da MASTROIANNI, 2020, MONACO, 2020, dall'accurata e corposa monografia di Tega, 2020, spec. cap. III, nonché da LOSANA, 2020.

Si tocca qui con mano lo stretto rapporto che –come si diceva– s'intrattiene tra taluni inaspettati *revirement* giurisprudenziali e le tecniche decisorie che li veicolano e sorreggono³⁰.

Si faccia caso, infatti, al modo con cui vengono a trovarsi in rapporto gli artt. 11 e 134 per effetto delle oscillazioni esibite dalla giurisprudenza, tornando a riconsiderare rapidamente le pronunzie sopra richiamate che hanno segnato momenti di “svolta” nel travagliato “cammino” comunitario della Corte³¹.

Ancora con la 187 del 1973, è fatto salvo il disposto di cui all'art. 134 ma –come si è veduto– è leso quello dell'art. 11. La 170 del 1984, poi, porta naturalmente l'11, nella lettura che qui se ne dà e per la soluzione in concreto invalsa, a derogare al 134: si consuma, cioè, una singolare *rottura della Costituzione*, singolare per il fatto che per norma le rotture in parola si hanno in presenza di *regole* iscritte nella stessa Carta costituzionale derogatorie di un *principio* (in ispecie di quello di eguaglianza), mentre qui è esattamente l'inverso, il principio fondamentale di pace e giustizia tra le nazioni, che è a fondamento delle limitazioni di sovranità, derogando al canone del sindacato accentrato di costituzionalità. Infine, con la 269 (e successive) il rapporto s'inverte e l'art. 11 torna a patire una deroga da parte dell'art. 134, ristabilito così nel suo pieno vigore ma

30 Della qual cosa, peraltro, accenno qui di passaggio, si sono avute sempre più frequenti e rilevanti testimonianze anche oltre l'ambito materiale fatto ora specificamente oggetto di osservazione. Ad es., così è stato in occasione della vicenda *Cappato*, definita a mezzo di una doppia pronuncia, la prima delle quali, la 207 del 2018, avente forma di ordinanza ma sostanza di sentenza, mentre la seconda, la 242 del 2019, per la gran parte appare riproduttiva della prima. Di più, la seconda volta la Corte si è portata oltre il limite del rispetto della discrezionalità del legislatore (le c.d. “rime obbligate” di crisafulliana memoria), facendo luogo ad una disciplina a “rime libere” o –come pure si è detto da una sensibile studiosa (TEGA, 2020, 101 ss.)– a “versi sciolti” (di un “progressivo commiato dal teorema delle ‘rime obbligate’” un autorevole studioso che è anche giudice costituzionale, Modugno, 2020, 101 ss., spec. 115; la tecnica inaugurata in *Cappato* è quindi tornata a farsi rivedere, sia pure in una versione –a me pare– maggiormente temperata, con la ord. 132 del 2020, mentre si è ad oggi in attesa del finale di partita che si avrà a giugno del 2021, secondo quanto stabilito da quest'ultima decisione).

31 Così l'ha felicemente qualificato un'autorevole dottrina, che peraltro non ha potuto vederne il più recente ed ondivago andamento (v., dunque, BARILE, 1973).

limitatamente alle antinomie coinvolgenti la Carta di Nizza-Strasburgo o altre fonti a questa “connesse”.

Ora, le oscillazioni in parola fanno –come si è venuti dicendo– pur sempre riferimento, in modo alle volte implicito ed altre dichiarato, ai diritti fondamentali, al bisogno cioè di assicurare loro l’ottimale salvaguardia alle condizioni oggettive di contesto.

Qui è, però, il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa. Perché il vero è che, pur presentando il meccanismo del sindacato accentrato vantaggi innegabili (sopra ogni altro, quello della rimozione con effetti *erga omnes* delle norme invalide), non minori (e, come si accennava, forse, con specifico riguardo al piano dei rapporti interordinamentali, ancora più elevati e francamente insopportabili) appaiono i costi che ne conseguono.

468

Due, in particolare, ai miei occhi appaiono quelli di maggiore gravità, sui quali ho altrove richiamato l’attenzione e che colgo l’opportunità oggi offertami per segnalare ancora una volta³².

Per un verso, nei casi di “doppia pregiudizialità”, costituzionale e “comunitaria” (*rectius*, oggi “eurounitaria”), in relazione ai quali è stato messo in chiaro da alcune pronunzie del 2019 (part., Corte cost. nn. 20 e 63 del 2019) che è al giudice comune riconosciuta libertà di scelta in merito all’ordine temporale da dare al loro esercizio, ove dovesse prioritariamente battersi la via che porta al giudizio della Consulta, si assisterebbe verosimilmente ad un calo rilevante dei rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, già per il mero fatto che il giudice costituzionale è uno solo e che, perlomeno ad oggi, assai di rado si è determinato ad interpellare la Corte stessa³³ (con ogni probabilità al fine di non sentirsi condizionata dalla Corte dell’Unione circa la decisione da prendere), a differenza dei giudici comuni che, presenti e diffusi per l’intero territorio nazionale, possono con molta frequenza avvalersi dello strumento di cooperazione istituzionale in parola. Ebbene, è di tutta evidenza che l’abbassamento

32 Di recente, v., dunque, volendo, il mio, 2020 a), spec. 141 ss.

33 Di recente, v. ordd. nn. 117 del 2019 e 182 del 2020.

vistoso dei casi di rinvio al giudice lussemburghese porta naturalmente all'effetto di non dar modo alla Carta di Nizza-Strasburgo di potersi far valere ed implementare in ambito interno in modo adeguato, con grave pregiudizio per i diritti in essa riconosciuti.

Si consideri poi un duplice dato.

Da un canto, il giudizio della Corte costituzionale, laddove interpellata per prima (come la stessa Corte non ha celato di preferire), potrebbe risultare falsato, con specifico riguardo alla denuncia della violazione del parametro sovranazionale, a causa di un eventuale difetto d'impostazione di cui si abbia riscontro nella questione di costituzionalità ovvero di un difetto nella ricostruzione del parametro sovranazionale da parte della stessa Corte che non si sia allo scopo avvalsa dell'ausilio che potrebbe venirle dall'interpello della Corte di giustizia³⁴. Un'ipotesi, questa, non meramente teorica ma della quale si è avuta conferma non molto tempo addietro, in un caso di simultanea presentazione delle due questioni da parte della Corte di Appello di Napoli: la sollecita risposta venuta da Lussemburgo, nel senso della inammissibilità della questione dovuta al fatto che nella circostanza non avrebbe dovuto farsi applicazione della Carta di Nizza-Strasburgo³⁵, avvalora —a me pare— *per tabulas* il bisogno di assicurare *sempre* la precedenza all'interpello del giudice dell'Unione.

469

È poi chiaro che, a dare la precedenza al rinvio alla Corte di giustizia (o, comunque, in caso di simultanea presentazione, laddove la Corte stessa si pronunzi per prima), ricevuta una risposta che acclari la sussistenza dell'antinomia, il giudice comune dovrebbe senza indugio mettere

34 *Mutatis mutandis*, quest'argomento sembra valere altresì sul versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo, laddove potrebbe tornare utile il ricorso alla consultazione della Corte stessa da parte dei giudici di ultima istanza cui questa opportunità è concessa dal protocollo 16, per il caso che quest'ultimo dovesse essere recepito in ambito interno: una eventualità che, per vero, appare ad oggi remota a seguito di una presa di posizione contraria registratasi alla Camera qualche mese addietro, della quale riferiscono, con toni di avvertita preoccupazione, l'*Editoriale* 2020 e il mio, 2020 b).

35 Riferimenti a questa vicenda sono nel mio scritto da ultimo richiamato.

da canto la norma nazionale per far posto a quella sovranazionale³⁶, salvo che non riceva indicazioni da Lussemburgo che avvalorino che quest'ultima non è *self executing*³⁷ ovvero non sia colto dal dubbio che la norma sovranazionale, così come intesa dal giudice dell'Unione, si ponga in contrasto di principi fondamentali (leda cioè i "controlimiti")³⁸. Quest'ultima evenienza, tuttavia, seppur non scartabile in partenza in forza di un aprioristico atteggiamento teorico, sembra essere di assai remoto riscontro pratico, sol che si pensi alle non poche convergenze e, in qualche punto, persino identità di previsioni esistenti, rispettivamente, nella Carta di Nizza-Strasburgo e nella Costituzione³⁹ e, dunque, in buona sostanza, tra gli orientamenti manifestati dalle Corti che ne sono istituzionalmente garanti, convergenze peraltro incoraggiate e costantemente alimentate dal richiamo fatto nella giurisprudenza sovranazionale alle c.d. "tradizioni costituzionali comuni", il cui rilievo non è affatto venuto meno né è calato con l'avvento della Carta suddetta.

Ora, nel momento in cui il giudice dovesse fare subito applicazione della Carta di Nizza-Strasburgo o di norma di diritto derivato a questa "connessa", nei fatti, il più delle volte farebbe applicazione altresì, pur senza dichiararlo espressamente (e, forse, talora senza neppure averne piena consapevolezza...), della CEDU, dal momento che la Carta suddetta

36 Solo che, laddove abbia fatto congiunta presentazione delle due questioni, essendosi privato del fascicolo trasmesso alla Consulta, il giudice sarebbe obbligato ad attendere il verdetto di quest'ultima; ed anche questa —come si vede— è una buona ragione per tornare all'antico sistema della necessaria precedenza della pregiudizialità eurounitaria.

37 ... nel qual caso è d'obbligo —a stare ad una giurisprudenza costituzionale ormai consolidata— investire la Corte costituzionale dell'antinomia, sempre che —naturalmente— ciò non si sia già fatto (con la presentazione simultanea).

38 ... nel qual ultimo caso la cognizione della relativa questione è, nuovamente, di esclusiva spettanza della Corte costituzionale, a meno che la violazione non appaia al giudice comune di una tale gravità da portare a qualificare la norma sovranazionale come radicalmente *nulla-inesistente*, e non meramente *annullabile*; ciò che lo abiliterebbe a non farne alcun uso, neppure quello che porta all'apertura di un giudizio di costituzionalità sulla stessa (*rectius*, sulla legge di esecuzione del Trattato "*nella parte in cui...*").

39 La stessa Corte costituzionale, peraltro, in una sua risalente (ma, non per ciò, inattuale) pronunzia, la n. 388 del 1999, ha opportunamente rilevato che la Costituzione e le altre Carte dei diritti "*si integrano reciprocamente nella interpretazione*". Un'autentica direttiva metodica d'azione, questa, nondimeno, predicata e però non sempre per vero rispettata.

richiede –com'è noto– di essere intesa e fatta valere alla luce della Convenzione, salvo il caso di poter offrire una tutela ancora più intensa ai diritti di volta in volta in gioco di quella che è data dalla Convenzione stessa. Ed è questo –come si vede– uno di quei casi, ai quali si faceva poc'anzi cenno, di applicazione diretta della CEDU, pure esclusa in via di principio dalla giurisprudenza costituzionale inaugurata con le sentenze “gemelle” del 2007⁴⁰.

Ad ogni buon conto, convergo con la Corte (e non l'ho mai taciuto nelle mie riflessioni sul tema oggi nuovamente trattato) che ancora più efficace sarebbe la sanzione dell'annullamento con effetti *erga omnes* di norma interna incompatibile con norma sovranazionale rispetto a quella della sua “non applicazione”. Solo che, dimostrandosi essa –come si è veduto– non in linea con quanto al riguardo stabilito nel Trattato, la soluzione ottimale è –a me pare– quella del *cumulo dei controlli*, dandosi appunto la precedenza al meccanismo congeniale all'esigenza di affermazione del primato del diritto sovranazionale, ad esso quindi aggiungendosi –e non già ponendosi con esso in alternativa– quello della caducazione per mano del giudice costituzionale. La qual cosa, tuttavia, contrastando in modo frontale con il canone della rilevanza delle questioni di costituzionalità che –come si sa– è proprio del sindacato in via incidentale stabilito per il nostro Paese, richiede una deroga al canone stesso quale può unicamente aversi ad opera del legislatore⁴¹.

40 Altri casi ancora potrebbero poi immaginarsi, quale quello che porti a ragionare dell'abrogazione di norma interna da parte di norma convenzionale idonea a prenderne subito il posto o l'altro di sostanziale coincidenza di norma convenzionale con norma della Costituzione della quale si debba fare applicazione diretta in mancanza di disciplina legislativa specificamente riguardante il caso o, in via di mera ipotesi, laddove si abbia altresì una lacuna costituzionale e l'unica norma spendibile per il caso stesso sia appunto quella convenzionale. Un'ipotesi, quest'ultima, a mio modo di vedere, non scartabile in partenza, per quanto la tendenza della giurisprudenza costituzionale sia marcata nel senso di non ammettere lacune o difetti congeniti della nostra legge fondamentale in fatto di protezione dei diritti fondamentali.

41 È pur vero che il canone in parola è stato messo in sofferenza non poche volte dalla stessa Corte (in modo clamoroso –come si è dietro rammentato– in riferimento alla materia elettorale). Dubito però che il giudice delle leggi possa determinarsi ad ammettere uno scostamento dallo stesso di sì rilevante portata, salvo che non trovi comunque conveniente essere investita di questioni di “costituzionalità-eurounitarietà”.

Da un altro canto, poi, nessuna garanzia ad oggi si ha circa una sollecita definizione delle questioni di “costituzionalità-eurounitarietà” sottoposte al giudizio della Corte costituzionale, per quanto per vero quest’ultima sia in generale abbastanza celere nel dare le risposte attese dai giudici comuni. Anche per questa ragione, si è altrove affacciata la proposta di istituire presso la Consulta una sorta di *corsia preferenziale* per le questioni suddette ma a tutt’oggi non se n’è fatto nulla (e probabilmente nulla se ne farà, giudicando la Corte assai più conveniente lasciarsi le mani libere in ordine alla definizione dell’agenda dei propri lavori).

Per un altro verso ancora, la soluzione invalsa dopo la 269 comporta pur sempre –lo si voglia o non– un ostacolo o, quanto meno, un rallentamento al processo d’integrazione sovranazionale, tanto più rilevante poi per il fatto di riguardare proprio l’essenza della Costituzione, i diritti fondamentali, se si conviene –come devesi convenire– che il meccanismo dell’applicazione diretta è funzione essenziale ed indefettibile della *primauté* del diritto sovranazionale, ponendosi pertanto al cuore della costituzione materiale dell’Unione.

472

5. L’andamento discontinuo, per saltus, della giurisprudenza e le sue cause, il vistoso innalzamento del tasso di “politicalità” dei giudizi della Corte, gli scostamenti sempre più frequenti dai canoni che li governano, il bisogno di recupero della loro scrupolosa osservanza e il “dialogo” tra le Corti quali risorse a presidio della “giurisdizionalità” della giurisdizione costituzionale

È giunto, dunque, il momento di tirare le somme dalla succinta analisi svolta.

Due dati –a me pare– balzano subito evidenti, confermando il carattere fecondo del terreno delle relazioni interordinamentali al fine della verifica che ci si era prefissati di porre in essere.

L’uno è dato –come si è veduto– dall’andamento discontinuo della giurisprudenza, connotato da alcune “svolte” marcate e rilevanti, gravide di implicazioni di ordine istituzionale.

Ora, mentre la discontinuità in parola rinviene giustificazione, per ciò che attiene agli orientamenti col tempo manifestati al piano dei rapporti tra il diritto interno e il diritto internazionale pattizio, nella novità di grande momento segnata dalla riforma del Titolo V, con l'aggiunta fatta all'art. 117, I c., del limite degli obblighi internazionali, di contro essa non dispone di alcun puntello positivo al piano dei rapporti, per un verso, con il diritto internazionale consuetudinario e, per un altro (ed ancora più rilevante⁴²) verso, con il diritto comunitario prima ed eurounitario poi. Qui, insomma, le "svolte" via via registratesi sono il frutto, puramente e semplicemente, di ripensamenti della propria giurisprudenza da parte della Corte che, riconoscendo di aver dapprima sbagliato –ciò che la stessa mette *expressis verbis* in chiaro soprattutto nella 170 del 1984–, corregge se stessa, reimpostando su basi complessivamente rifatte o, comunque, significativamente aggiustate i rapporti in parola.

D'altronde, un autentico capovolgimento giurisprudenziale si è avuto per ciò che attiene al modo con cui il giudice costituzionale intende porsi in rapporto con la Corte dell'Unione, avendo dapprima escluso e in seguito ammesso di potersi considerare abilitato ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale, così come in merito all'ordine temporale con il quale i giudici comuni sarebbero chiamati ad utilizzare lo strumento stesso, per molti anni essendosi fatto loro obbligo di rivolgersi in prima battuta a Lussemburgo e, a partire dalla 269, invece avendo la Consulta dichiarato di preferire di essere interpellata per prima⁴³. Cosa che ha una sua pronta spiegazione nel bisogno avvertito dalla Corte costituzionale (e da questa, peraltro, non taciuto) di porre fine alla marginalizzazione del ruolo dalla stessa patita al piano dei rapporti con la Corte dell'Unione, in

42 Dico così non soltanto per il rilievo in sé dei rapporti tra Stato ed Unione ma anche in considerazione del fatto che la deviazione dal solco costituzionale registratasi con la 238 del 2014 non dovrebbe, con ogni probabilità, essere di frequente riscontro, potendo addirittura restare forse un fatto isolato.

43 Molti commentatori si sono dichiarati dell'avviso che la 269 avrebbe categoricamente imposto l'obbligo della precedenza della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, una posizione quindi ammorbidita nel senso appena detto solo a partire dalla sent. 20 e, soprattutto, con la 63 del 2019. Una ricostruzione dei fatti che non mi ha mai persuaso, non rinvenendo alcuna affermazione nella pronunzia del 2017 che vi abbia dato esplicito avallo.

ragione del fatto che questi ultimi si sono, in buona sostanza, intrattenuti pressoché esclusivamente con i giudici comuni.

Insomma, qui è il punto: non una novità positiva, di quadro normativo complessivo, ha giustificato la “svolta” segnata dalla 269 bensì una esigenza di strategia istituzionale, strumentale al recupero di una centralità di posto in seno agli organi di garanzia che è parso agli occhi della Corte appannato, comunque non quale per sé essa ha inteso ed intende far valere. Che poi tutto ciò, accanto ad innegabili vantaggi, comporti –come si è tentato di mostrare– costi forse di ancora maggior peso è cosa di cui il giudice delle leggi dà mostra di non preoccuparsi.

Il secondo dato, al primo strettamente legato e con il quale anzi, a ben vedere, fa tutt’uno, prestandosi a separata analisi unicamente per comodità della esposizione, è costituito dall’innalzamento vistoso del “tasso” di politicità –se così può dirsi– che sempre si accompagna, senza eccezione alcuna, ai mutamenti improvvisi nell’uso delle tecniche decisorie ovvero alla invenzione di nuove tecniche, forgiate a bella posta a “copertura” dei nuovi orientamenti.

474

Da tempo, una nutrita schiera di studiosi ha rilevato, con non celata preoccupazione, questo *trend* che va sempre di più diffondendosi. Rammento solo a questo proposito un incontro di studi, organizzato proprio a Pisa qualche anno addietro dallo studioso che oggi onoriamo⁴⁴, in occasione del quale quest’ultimo ci ha consegnato una riflessione come sempre assai accurata e documentata, che ha messo in tutta la sua cruda evidenza il fenomeno ora rilevato⁴⁵. Lo stesso R., peraltro, ha da tempo e in modo insistito rilevato come una delle più efficaci e salde garanzie della tenuta della “giurisdizionalità” della giurisdizione costituzionale riposi proprio nello scrupoloso rispetto dei canoni che stanno a base del processo costituzionale, accompagnandone ed incanalandone lo svolgimento fino al conseguimento della meta per esso stabilita⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. AA.VV., 2020.

⁴⁵ AA.VV., 2020, 10 ss.

⁴⁶ Tra i molti contributi di R. Romboli sul tema v., almeno, ROMBOLI, 2011, ROMBOLI, 2015, e AA.VV., 2020, 10 ss. Più di recente, in tema, PINARDI, 2019;

Qui è il cuore della questione oggi discussa.

Il bisogno di preservare la fedeltà alle “metanorme” che presiedono all’esercizio della funzione di garanzia di cui la Corte è investita, in ciascuna delle sue espressioni e in tutte assieme, è di cruciale, vitale rilievo. Solo in tal modo la Corte può appunto mantenere integra la propria identità di “garante”, senza commutarsi e risolversi in un decisore politico, anzi –come si è veduto– nel massimo decisore, in un *potere costituente permanente* appunto.

Non si perda poi di vista, neppure per un momento, la differenza di fondo che si ha tra le modifiche tacite operate dalla Costituzione per mano della Corte e quelle poste in essere da altri organi, i cui atti e comportamenti in genere possono andare soggetti al giudizio della Corte stessa, le cui pronunzie di contro –come si è rammentato– non sono passibili d’“impugnazione” alcuna. E, invero, a conti fatti, l’unico rimedio –stante il categorico divieto d’impugnazione in parola– avverso le violazioni della Costituzione da parte del suo massimo garante è dato da *modifiche delle... modifiche tacite*, che si risolvano però in un emendamento di un precedente indirizzo deviante dal solco costituzionale, non già che portino ad aggravare lo scostamento, accentuando ulteriormente il *vulnus* costituzionale.

475

A questo fine di grande utilità può rivelarsi –come si è fatto notare altrove– il c.d. “dialogo” tra il giudice costituzionale e i giudici comuni per un verso, le Corti europee per un altro: una risorsa davvero preziosa, imperdibile, questa, della quale non è possibile fare a meno, specie nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata, dall’infiltrarsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, da crescenti minacce alle quali i diritti si trovano esposti. Soprattutto il “dialogo” che s’intrattiene con i giudici europei si presenta ai miei occhi come linearmente conducente all’obiettivo appena indicato. Il “dialogo”, infatti, implica sia le divergenze sia le convergenze degli orientamenti; e, tuttavia, nel lungo periodo –l’esperienza ce ne dà ripetute conferme– sono

proprio le seconde che, seppur a fatica e alle volte in modo non poco sofferto, si fanno largo ed affermano.

Il “dialogo” poi –per ciò che è qui di maggior interesse– ha una funzione “rilegittimante”, ponendosi quale rimedio efficace alla tentazione, alla quale non di rado indulgono le Corti *materialmente* costituzionali (e, tra esse, sono ormai da annoverare, perlomeno tendenzialmente, le stesse Corti europee, quali garanti di documenti parimenti *materialmente* costituzionali, le Carte dei diritti) di enunciare in sovrana solitudine “verità” indiscutibili di diritto costituzionale. Un rischio, questo, micidiale al quale vanno incontro quei giudici che sanno che le loro pronunzie –*perlomeno nell’ordinamento di appartenenza*⁴⁷– non possono essere rimosse da alcun’altra autorità, giudiziaria e non; ed un rischio che –al di là dei rimedi di ordine giuridico-formale– può essere, come si diceva, efficacemente parato *al piano culturale*, alimentando un costante e fecondo confronto (un “dialogo”, appunto) *tra pari*, perché *pari* –cheché ne dica il nostro giudice delle leggi– sono le Carte dei diritti, *proprio per il fatto di essere tali*, di essere cioè documenti “tipicamente costituzionali” –come la stessa sent. 269 ha riconosciuto, con specifico riguardo alla Carta di Nizza-Strasburgo– dandosi in esse il *riconoscimento* (nella sua propria e ristretta accezione) dei diritti stessi. Immaginare, di contro, come si è invece fatto a Palazzo della Consulta, che possa darsi una sistemazione piramidale delle Carte in parola, con il vertice costituito dalla Costituzione

47 Altra questione di non poco impegno teorico è quella relativa al caso che avverso le pronunzie della Corte costituzionale il privato che si reputi di avere da esse subito un ingiusto danno (ad es., una lesione del diritto di difesa o di una propria posizione soggettiva in genere, in conseguenza della violazione dei canoni del giusto processo) si rivolga alla Corte di Strasburgo. Una “impugnazione”, questa, certamente inammissibile *dal punto di vista interno*, con il quale tuttavia potrebbe non convenire la Corte europea *dal punto di vista della Convenzione*.

D’altro canto, è altresì da mettere in conto la eventualità che quelle che, operate da altri operatori (tra cui lo stesso legislatore), sono viste dal giudice costituzionale quali violazioni del giudicato costituzionale (ad es., la sostanziale riproduzione con legge di legge già annullata), dall’angolo visuale dello stesso giudice non appaiano più tali (e così, seguendo nell’esempio appena fatto, la legge “riproduttiva”, nuovamente impugnata davanti alla Corte *anche, e specificamente*, per lesione del giudicato suddetto, potrebbe la seconda volta uscire indenne dal sindacato, magari facendosi leva sulla tecnica del *distinguishing* o su altri artifici retorico-argomentativi ai quali –come si sa– il tribunale costituzionale sovente indulge).

e in posizione pur sempre ancillare ogni altra Carta⁴⁸, appare essere in sé contraddittorio, ripugnante appunto alla funzione comune a tutte le Carte di dare il *riconoscimento* suddetto.

Parità delle Corti al piano sostanziale, scrupolosa osservanza dei canoni relativi alle competenze ed ai modi del loro esercizio al piano processuale, a partire da quelli fissati nella stessa Costituzione, sono le due pre-condizioni necessarie, seppur ovviamente non sufficienti, per la salvaguardia della “*giurisdizionalità*” della *giurisdizione costituzionale*, un fisiologico svolgimento delle relazioni tra le Corti e, per il tramite di queste, degli ordinamenti cui le Corti stesse appartengono.



Bibliografia

1. AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.
2. AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.
3. AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017.
4. Barile P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2401 ss.
5. CANZIAN N. Lamarque E., *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2020, 3 agosto 2020, 373 ss.
6. *Editoriale a Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 12 ottobre 2020, dal titolo *L'estremo saluto al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*.

48 ... quella dell'Unione in quanto soggetta alla osservanza dei “controlimiti”, la CEDU e con ogni probabilità ogni altra Carta invece tenuta al rispetto di ogni norma costituzionale, trascurandosi tuttavia a quest'ultimo riguardo il dato di comune evidenza che, per l'oggetto trattato (i diritti fondamentali) e per il modo della sua trattazione (a mezzo di enunciati a maglie larghe o larghissime), gli enunciati della CEDU come di ogni altra Carta *naturalmente* si confrontano con enunciati della Costituzione espressivi di principi fondamentali o, come che sia, da questi “coperti”.

7. ESPOSITO M., *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe (appunti sugli effetti della c.d. integrazione europea)*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 405 ss.
8. FERRARI F., *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, FrancoAngeli, Milano 2019.
9. GUAZZAROTTI A., *Legalità senza legittimazione? Le "clausole europee" nelle Costituzioni degli Stati membri dell'U.E. e l'eccezione italiana*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2019, 12 novembre 2019.
10. LIETO S., *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.
11. LOSANA M., *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss.
12. LUCIANI M., *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001.
13. LUCIANI M., *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1 marzo 2013.
14. MANGIA A., *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Dir. cost.*, 1/2020, 75 ss.
15. MASTROIANNI R., *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers* (www.europeanpapers.eu), 19 giugno 2020, 1 ss.
16. MODUGNO F., *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss.
17. MONACO G., *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta sociale europea*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2020, 15 luglio 2020, 146 ss.
18. MORELLI A., *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.
19. PALCHETTI P., *Conformità dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e controlimiti: problemi aperti*, in AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. Palmisano, Editoriale scientifica, Napoli 2020, 371 ss.
20. PINARDI R., *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1897 ss.
21. POLACCHINI F., *Costituzione e ius cogens*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2020, 501 ss.
22. POLIMENI S., *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

23. PUGIOTTO A., *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 149 ss.
24. ROMBOLI R., *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.
25. ROMBOLI R., *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss.
26. ROMBOLI R., *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*. In dialogo con il Ruggieripensiero sul tema della "doppia pregiudizialità", in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 26 novembre 2019, 644 ss.
27. RUGGERI A., *Caro Roberto, provo a risponderti sulla "doppia pregiudizialità" (così mi distraigo un po' anch'io...)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 9 dicembre 2019, 678 ss.
28. RUGGERI A., a), *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2020, 130 ss.
29. RUGGERI A., b), *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 22 ottobre 2020.
30. SALERNO F., *Le norme internazionali "generalmente riconosciute" nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2/2020, 291 ss.
31. SPADARO A., *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.
32. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020.
33. VENTURA L., *Il diritto di resistenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2014.

Normas subconstitucionales relativamente bloqueadas y blindadas en un régimen difuso de control judicial de constitucionalidad

✍ NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS*

1. Introducción. Los modelos tradicionales en el derecho comparado. Puntos de partida

Los sistemas de control de constitucionalidad en el derecho comparado asumen modalidades muy diferentes. Se los puede clasificar en razón de cuatro preguntas claves: a) ¿quién controla? b) ¿cuánto controla? c) ¿cuándo controla? d) ¿con qué efectos controla?

481

Los resultados de esa encuesta muestran que la diversidad de regímenes es muy abundante (SAGÜÉS, 2017, t. 1 p. 453). Ninguno puede reclamar prioridad o hegemonía. El sistema más exitoso es aquel que, en una comunidad y momento concretos, da resultados legítimos y útiles a la vez.

En materia de consecuencias del control de constitucionalidad sobre normas, la respuesta clásica era la siguiente. En el esquema estadounidense de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad (*judicial review*), con tantos órganos de control de constitucionalidad como jueces hay en un país, tal eventual algarabía tuvo, en el terreno

* Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Abogado por la UNL. Profesor Titular de Derecho Constitucional, UBA. Profesor titular de Derecho Público Profundizado y Director de la carrera de Doctorado en Derecho (UCA, sede Rosario). Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

de los hechos, ciertas explicaciones. Por un lado, cuando se diseñó, la Constitución estadounidense no mencionaba explícitamente ese control judicial, introducido casi de contrabando y con un discutible discurso argumentativo por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Marbury vs. Madison* (1803). Una de las maneras de calmar a las fieras de la Casa Blanca y del Capitolio, prontas a devorar (*impeachment* o juicio político mediante) a la Corte ultraactivista y cuasi insurgente, podría ser, y de hecho lo fue, por parte de ella, minificar la declaración judicial de inconstitucionalidad y replegarla al caso concreto (efectos *inter partes*) donde fue pronunciada. La regla descalificada como inconstitucional en una sentencia, seguía entonces, vivita y coleando para el resto de la comunidad, como si nada hubiera pasado, salvo que en otros expedientes fuera, y con efectos exclusivamente limitados para cada una de ellos, neutralizada judicialmente como inconstitucional. Además, para tornar más ameno este festival de declaraciones de inconstitucionalidad, algunos jueces podrían entender, a su gusto y paladar, a la misma norma constitucional y otros, en cambio, inconstitucional. Por supuesto, ese desconcierto jurídico, muy práctico para salir del paso pero nada principista ni coherente, jamás podría ser admitido por el cofundador de la teoría pura del derecho, Hans Kelsen.

Por el contrario, si el mecanismo y la decisión del control están concentrados en un tribunal, corte o sala constitucional extra poder especializado en lo constitucional, el efecto de un pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad concluye en la abolición, derogación o abrogación de la norma reputada violatoria de la Constitución (liminariamente, constituciones de Checoslovaquia y de Austria de 1920, y de Liechtenstein de 1921). (SAGÜÉS, 2020b). Tiene así indiscutibles efectos *erga omnes*, para todos. Es la receta kelseniana, de impecable lógica jurídica y muy acorde con una teoría *pura* del derecho: una regla inconstitucional no puede subsistir, dada su condición patológica, en el seno de la impoluta pirámide jurídica. Permitir que una ley inconstitucional sobreviva y se aplique en todos los casos en los que no ha sido judicialmente descalificada como tal, es un absurdo jurídico totalmente ilógico, reñido con el principio de identidad y de no contradicción (*lo que es, es; una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo*). En otras palabras, una

ley inconstitucional no puede seguir rigiendo como ley constitucional) y opuesto a la más elemental dosis de seguridad sistémica. Una suerte de carnaval procesal constitucional, diríamos hoy. Para poner las cosas en su lugar, no queda otra alternativa que ultimar a la norma inconstitucional.

2. Mutaciones. Sistemas de control concentrado de constitucionalidad

El tiempo no pasa en vano, las instituciones se transforman y se adaptan a conveniencias o exigencias posteriores a las de su lanzamiento. La supervivencia no es opuesta, sino todo lo contrario, a la mutación: es *la persistencia en el cambio*, como algunos han destacado.

- a) Comencemos con el modelo checo-austríaco. La declaración de inconstitucionalidad derogatoria de la norma inconstitucional importaba, en el pensamiento de Hans Kelsen, la actuación del tribunal constitucional (concentrado y especializado) del caso, como *legislador negativo* (KELSEN, 1993, p. 84). El panorama cambia cuando, merced a la doctrina de las “sentencias exhortativas”, el mismo tribunal insinúa, da lineamientos o exige al legislador ordinario que dicte la ley reemplazante de la declarada inconstitucional por la corte constitucional (y derogada en su consecuencia), incluso con ciertos contenidos específicos, a fin de no incurrir en una futura situación de inconstitucionalidad. Aquí, la Corte o sala constitucional asume roles nomogenéticos, más o menos intensos. De hecho, opera –parcialmente– como *legislador positivo*: no sanciona una nueva norma, pero incita al legislador a hacerlo. (SAGÜÉS, 2006, p. 73 y ss.).
- b) También un tribunal constitucional, mediante las “sentencias modulativas”, puede dar respuestas nomogenéticas, ampliando, reduciendo o sustituyendo el contenido de un texto legal (y llegado el caso, constitucional), mediante interpretaciones mutativas por adición, sustracción o mixtas. En tales casos opera, igualmente, al estilo de un legislador activo: adecua el sentido e interpretación de una norma para, argumenta, conformarla con la Constitución. Deja su texto incólume, pero altera su

contenido normativo, en más, en menos o incluso sustituyéndolo, como lo evidencia la experiencia habida en el derecho comparado (SAGÜÉS, 2008).

- c) Al revés, otra mutación singular ocurre cuando un órgano jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad (concebido no necesariamente según el modelo austríaco de ente extrapoder, sino como un ente *sui generis*, v. gr. de una corte suprema con competencias generales o de una sala de ella, pero que monopolice facultades decisorias de control de constitucionalidad), en vez de dotar a sus sentencias de efectos generales, las circunscribe al caso concreto. Aquí tenemos control de constitucionalidad concentrado, pero sin facultades abrogatorias de la norma reputada inconstitucional. La sentencia de dicha corte o sala se refiere exclusivamente, pues, *inter partes*, al caso concreto. Tal es el régimen establecido en el art. 259 de la Constitución de Uruguay, para su corte suprema, y en el 260 de la Constitución de Paraguay, para la sala constitucional de su Corte Suprema¹.

3. Mutaciones en el esquema de control difuso de constitucionalidad. Estados Unidos

En este ámbito se han producido importantes cambios respecto del esquema original de efectos *inter partes* de una sentencia de la Corte Suprema.

En los Estados Unidos, ello ha ocurrido por aplicación de la doctrina anglosajona del *stare decisis*, o del “precedente” (literalmente, “estar a lo ya decidido”). En concreto, y como lo retrata una sentencia muy

1 El art. 259 de la Constitución de Uruguay determina que “El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”. Por su parte, el art. 260 primer párrafo de la de Paraguay, establece que corresponde a la Sala Constitucional de la Corte suprema “conocer y resolver sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en caso concreto, y el fallo sólo tendrá efecto con relación a este caso”.

llamativa de su Corte Suprema, como “Cooper vs. Aaron” (358 US 1, 1958), los tribunales del país deben seguir la jurisprudencia sentada por tal tribunal. Ello obligaría, igualmente, a las oficinas de la presidencia de la Nación y las del Congreso, como a las autoridades estatales. En otras palabras, si la Corte Suprema descalifica, por ejemplo, a una ley como inconstitucional, todos los tribunales deberían así entenderlo y aplicar tal doctrina.

Las secuelas de esta tesis son importantes. Bien se ha observado que cuando la Corte Suprema estadounidense define a una norma como inconstitucional, en términos generales (“on its face”), en esa misma proporción el régimen judicial de control de constitucionalidad pasa a ser de difuso, a concentrado, (SAGÜÉS, 2002) ya que, después de la decisión de aquella Corte, los jueces perderían la facultad de evaluar si la regla del caso es o no conforme con la Constitución. En ese punto, tienen que someterse y seguir al veredicto de la Corte Suprema, reproduciéndolo en todos los casos que tuvieren que decidir. Hay, desde luego, ciertas excepciones.

485

Pero es bueno alertar que esa declaración de inconstitucionalidad –con efectos expansivos mediante el *stare decisis*– no significa formal ni materialmente la derogación de la norma reputada por la Corte Suprema como violatoria de la Constitución. Si ese alto tribunal, en una sentencia posterior, cambiase de criterio y entendiera que la regla en cuestión es constitucional, recuperaría su vigor y operatividad sin necesidad de ninguna “resanción” legislativa. (DORSEN et al., 2003, p. 139; Legarre, 2016, p. 196).

4. Caso argentino

En la República Argentina, su Constitución sigue el modelo estadounidense de *judicial review* de tipo difuso. La reforma constitucional de 1994, en su art. 43, y con relación al amparo, detalló que (en esa acción) el juez podía declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se basa el acto lesivo. Es decir, que reafirmó explícitamente el control judicial de constitucionalidad, heredado del régimen norteamericano.

Por elaboración jurisprudencial, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se ciñen al caso concreto, y los tribunales pueden cambiar de criterio. Pero ningún juez o tribunal está obligado por lo que le diga otro órgano judicial. Los efectos de las sentencias son *inter partes*, al menos como regla, y no implican la derogación del precepto reputado inconstitucional. Eso, en principio. Pero si el pronunciamiento de inconstitucionalidad está emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ella ha creado la doctrina de la eficacia vinculante, aunque condicionada², de sus fallos. Viene a ser la versión local del *stare decisis*, es decir, del “precedente constitucional criollo”, como se la ha llamado (SAGÜÉS, M. S., 2020). En concreto, todos los tribunales deben seguir y aplicar el criterio de la Corte Suprema, aunque esta norma de factura judicial tiene una significativa salvedad: pueden evadirse del mismo mostrando razones nuevas (esto es, argumentos no evaluados por la Corte), y valederas (importantes, decisivas) que autoricen ese apartamiento. Por ello, la eficacia de la vinculación y seguimiento de los criterios sostenidos por dicho máximo tribunal es siempre relativa, condicionada o atenuada.

486

A fines de 2019, en el caso “Farina”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2019) ha ratificado con firmeza esta posición, y exigido su acatamiento (en particular, si hay derechos constitucionales en juego), alegando –básicamente– razones de gravedad institucional, igualdad de trato, celeridad, seguridad jurídica y sobre todo su posicionamiento jerárquico como cabeza de un poder del Estado, máximo intérprete de la Constitución y del derecho argentino. Mucho tiempo atrás invocó también, alguna vez, la presunción de alta calidad de sus fallos. (CSJN, 1871). En “Farina”, atiende precisamente una reiterada situación de apartamiento y alzamiento por una importante Corte Suprema provincial, que procura reprimir con cierta justificada dureza (SAGÜÉS, 2020b).

2 Derivamos al lector, para un análisis más detallado sobre la evolución de esta doctrina, a Sagüés (2016, t. 1 p. 184 y ss.) Por su parte, Santiago Legarre (2016, p. 196) prefiere hablar de “obligatoriedad atenuada”, en vez de doctrina vinculante condicionada, respecto de las sentencias de la CSJN. El mismo autor alerta que el régimen argentino elaborado por la Corte Suprema no tiene el vigor compulsivo del sistema del *stare decisis* estadounidense.

Esa construcción local del efecto del precedente de la Corte Suprema sobre los tribunales inferiores, conviene subrayarlo, no ha sido lineal, armónica, del todo coherente ni académicamente hablando, impecable. Sin embargo, de todos modos rige, como lo acreditan meritorios estudios sobre el tema (GARAY, 2013, LEGARRE, 2016). Y ha encontrado, de vez en cuando, resistencia en los tribunales inferiores, so pretexto, a menudo, de no existir una norma formal que la sustente, entre otras razones (SAGÜÉS, 2016, t. 1 p. 195).

5. Normas bloqueadas y normas blindadas

Veamos las posibles proyecciones de la combinación entre control judicial de constitucionalidad practicado por la CSJN, con más la eficacia vinculante condicionada (o atenuada) de sus sentencias, con relación a una ley analizada por dicho alto tribunal. Estamos partiendo del supuesto de tratarse de fallos “definicionales”, con vocación de generalidad (*on its face*, en la terminología estadounidense). Vale decir, que no estamos hablando de veredictos que solamente contienen un pronunciamiento singularizado a medida y para un caso puntual (ponderación *case by case*), con efectos explícitamente aplicables de manera exclusiva a la situación analizada en esa resolución, episodio este último muy propio de las *inconstitucionalidades relativas*³.

487

En la cuestión que nos ocupa se plantean estos posibles caminos:

- a) *Ruta de la abstención*. Es, quizá, la más seguida. En esta alternativa, el jurista se limita a constatar que los fallos de la Corte Suprema cuentan con eficacia o fuerza expansiva u obligatoria, pero condicionada o atenuada, se refieran o no a pronunciamientos admisivos o desestimatorios de la alegación de inconstitucionalidad de normas subconstitucionales, sin extraer

3 En las inconstitucionalidades relativas, la misma norma legal, por ejemplo, puede dar resultados constitucionales o inconstitucionales, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se la efective. Un caso célebre fue el del art. 276 de la ley de contrato de trabajo (modificada por ley 21.297, t.o.), sobre actualización de haberes laborales, que establecía un sistema de actualización monetaria que, según los tiempos a los que se lo aplicaba, podría perjudicar (era lo más frecuente), o por excepción no, al trabajador.

mayores consecuencias específicas de ello. Es decir, que no se detiene, por lo común, en el estado que queda la norma degradada por la CSJN por inconstitucional, ni respecto de la confirmada como constitucional. Omite, por ende, ingresar a esa problemática.

- b) *Ruta de la cuasi derogación*. Aquí el investigador detecta que el fallo de la CSJN que proclama la inconstitucionalidad de una norma, cuando es vertido en términos generales (“on its face”) y no casuísticos (situaciones particulares: “as applied”), puede acarrear la “cuasi derogación” o la “abrogación” (sic) de la prescripción legal así descalificada, con incluso la resurrección de la norma anterior que la norma ahora reputada inconstitucional, había derogado. Tal habría sido lo resuelto por el alto tribunal en “Rizzo”, con motivo de una ley modificatoria del Consejo Nacional de la Magistratura⁴. En “Fayt”, la Corte llegó incluso a invalidar, en términos literales de *nulidad absoluta* por su concluyente inconstitucionalidad, según pregonó, un segmento de la reforma constitucional de 1994 concerniente a la conclusión del desempeño de los jueces federales por razones de edad, al cumplir los 75 años (art. 99 inc. 4º). Esta sentencia, con rasgos cercanos a la derogación o reputación de inexistencia de la enmienda de una cláusula constitucional, permitió –según la experiencia habida– que otros jueces, distintos al magistrado que inició el expediente referido, continuaran en funciones, superando ese tope etario, sin necesidad de iniciar actuaciones judiciales⁵.

4 CSJN (2013), “Rizzo”. Es de interés consultar a Catalano (2018, p. 262), quien observa que el fallo de la CSJN implicó que la ley 26.855, de reformas del Consejo de la Magistratura de la Nación, en algunos de sus artículos reputados inconstitucionales en tal fallo, no entró, respecto de ellos, siquiera en vigencia. Esta posición se reitera en págs. 274, 275 (cuando habla de *derogación implícita*), destacando la autora que ello se plantea con frecuencia en procesos de índole colectiva.

5 CSJN, “Fayt”, *Fallos*, 322:1609; Catalano, María Inés, *Control de constitucionalidad*, ob. cit., págs. 231, 233-4, 284, quien comenta que muchos jueces permanecieron en sus puestos federales, aun después de haber cumplido 75 años, sin necesidad de promover

- c) *Ruta del bloqueo y del blindaje*. Es la que hemos sostenido, partiendo del supuesto de que una norma subconstitucional reputada inconstitucional en términos definicionales (“on its face”) por la CSJN, se encuentra en un limbo jurídico *sui generis*, con singulares efectos jurídicos, cuasi catalépticos. En otro limbo próximo, están las reglas premiadas por la CSJN como compatibles con la Constitución.
1. Si la Corte la descalificó como inconstitucional, la norma (o la parte del caso) se encuentra *bloqueada*, en el sentido que los jueces del país deben inaplicarla. Si es una ley, no está derogada, ni abrogada, pero carece de vigor jurídico (más bien, por analogía, se podría equiparar a una norma “suspendida”, como fue en su momento el art. 31 de la 14.394 por el decreto ley 4070/56, en el tramo relativo al divorcio vincular). Eso, como regla. Como excepción, los jueces inferiores pueden sustraerse de ese deber de inaplicación argumentando nuevas y valederas razones para estimar constitucional a la ley (las que, desde luego, pueden ser fiscalizadas por la CSJN, mediante la escalera procesal respectiva). El bloqueo, por tanto, es relativo, y concluye si la CSJN rescata a la norma paralizada en otro fallo suyo posterior, reputándola nuevamente como constitucional, circunstancia en la que recupera totalmente su vigor, sin necesidad de pronunciamiento legislativo alguno. Un drástico ejemplo de ello fue el caso “Schiffrin”, (CSJN, 2017) en el que el alto tribunal volvió a reputar constitucional el segmento de la reforma constituyente del art. 99 inc. 4 de la Constitución, que había considerado antes como nulo, en “Fayt”.
 2. A su turno, si la CSJN considera constitucional a una ley impugnada como inconstitucional, esa norma, así

proceso alguno que les permitiera hacerlo, basándose en el efecto expansivo del caso “Fayt”.

bendecida, goza de un blindaje especial, en el sentido que los jueces del país tienen forzosamente que entenderla como constitucional (por ello, no pueden perforarla con declaraciones de inconstitucionalidad). La excepción sería que alguno de ellos brindase razones nuevas y valederas que autoricen pronunciar su inconstitucionalidad (esos fundamentos, asimismo, son revisables por la CSJN). Es, pues, un blindaje *relativo*, pero en nada despreciable, que puede terminar el día en que la propia Corte reconsidera en otro caso su tesis y estima que la norma que distinguió otrora como constitucional, en verdad no lo es.

Todo lo dicho se plantea en un sistema de revisión judicial de constitucionalidad difuso, pero con una corte suprema que parece querer aproximarse a una corte constitucional kelseniana y así revestir a sus fallos de efectos *erga omnes*. Una cuestión paralela es inquirir cuándo dicha Corte Suprema, que por ahora no puede enterrar normas inconstitucionales, está autorizada a cambiar de criterio y entender hoy como constitucional lo que ayer condenó por inconstitucional, o viceversa. En algunos fallos la CSJN ha intentado escribir una suerte de protocolo para esos cambios, cosa que implicaría, si lo respeta, una especie de buena autolimitación en sus competencias para realizar tan importantes mutaciones⁶. Sin embargo, a menudo olvida su propio predicamento y cambia una tesis sin reconocer que está transformando algo sentado anteriormente por sí misma y sin decir por qué justifica ese arreglo, cosa que no es correcta, en términos de seguridad jurídica, y deslegitima la sustitución.

6. La situación de los procesos colectivos

Estos trámites, que involucran amparos, hábeas corpus, acciones declarativas u ordinarias, fueron particularmente considerados en varias

6 Por ejemplo, en “B., A. D.”, la CSJN justifica su cambio de posición en supuestos de gravedad que provoquen la transformación de su jurisprudencia, o por razones de justicia, de error en el precedente, de lecciones de la experiencia o cambios históricos (CSJN, 2005). Con mayor extensión, nos remitimos a Sagüés, 2006, p. 280 y sigs.

sentencias de la CSJN, en particular “Halabi”, “Padec c. Swiss Medical”, “Kersich”, entre otras, y en “acordadas” (verdaderas decisiones normativas) del mismo cuerpo, como la 32/2014 y la 12/2016. La primera de éstas aclara que refiere tanto a procesos colectivos que tutelan bienes específicamente colectivos, como a los que protegen intereses homogéneos múltiples (art. 1º), usualmente diligenciados mediante las llamadas “acciones de clase” o *class actions* (Sagüés, 2018).

Pues bien, algunos de estos juicios puede atender postulaciones de declaración de inconstitucionalidad de normas, admitiéndolas o no. Si la sentencia final es pronunciada por la CSJN, se aplica aquí todo lo dicho precedentemente.

Pero ocurre que algunos de estos procesos pueden finiquitar en segunda instancia, o en primera, si las sentencias del caso no son oportuna y formalmente recurridas (o cuando resultan expresamente consentidas). De allí en más, un sector de la doctrina ha postulado una suerte de efectos extensivos, *erga omnes*, de esa decisión, a seguir por todos los tribunales del país, (v. gr., de declaración de inconstitucionalidad de una norma), aun pese a provenir de un órgano judicial inferior a la CSJN⁷. Fundamentalmente, lo hace en razón del bien colectivo o de incidencia colectiva en juego, el que demanda soluciones globales que deben tener en cuenta, aparte de los intereses del promotor del proceso colectivo, los de toda la comunidad involucrada, y la conveniencia de robustecer a lo resuelto de eficacia, seguridad, igualdad y proyección también general.

Estos planteos, que naturalmente cuentan con cierta significativa razón de ser, no se llevan bien con el régimen argentino de control

7 Cfr. sobre el tema Catalano (2018, p. 278). En esta obra, de indudable interés, la autora procura compatibilizar el sistema de procesos colectivos que auspicia el art. 43 de la Constitución nacional, con las reglas constitucionales concernientes a su radio de acción, especialmente en cuanto el amparo (arts. 108, 116 y 118, v. gr.). Por su parte, Sbdar (2013, p. 353) sostiene, en términos *prima facie* generales, que “en una acción colectiva dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley no son aplicables las reglas del efecto *inter partes* toda vez que, es inherente a la esencia misma de la acción colectiva la legitimación extraordinaria y la extensión de los efectos de la cosa juzgada en razón del tipo mismo de los derechos afectados...”

de constitucionalidad, que siendo de índole difusa, no podría consentir que un juez o cámara impusiera a sus pares –incluso de todo el país– un criterio obligatorio en materia de declaración de inconstitucionalidad de una norma subconstitucional (o de declaración de constitucionalidad de la misma). Si la CSJN lo ha hecho, con un carácter en cierto modo relativo o atenuado según vimos, en particular por razones institucionales, es porque resulta la máxima intérprete de la Constitución, y la cabeza de un poder del Estado, un argumento de autoridad que los demás entes judiciales no tienen. Vienen aquí a la memoria las palabras de Hans Kelsen, en su *Teoría general del Derecho y del Estado*, en el sentido de que lo que diga un tribunal supremo en lo constitucional es siempre formalmente constitucional, más allá de que sea intrínsecamente inconstitucional (KELSEN, 1969, p. 183 y sigs.). Y, en la práctica, ello ocurre porque la Corte Suprema opera como “órgano de cierre”, cuyas decisiones son irrecurribles en el ámbito doméstico.

El sistema desconcentrado de revisión judicial de constitucionalidad permite y hasta fomenta, por ende, heterogeneidad de juicios de constitucionalidad y de inconstitucionalidad (cada juez puede arribar, respecto de una misma norma, a soluciones distintas), pero precisamente esa habilitación de multiplicidad de criterios impide que un magistrado inferior a la CSJN, por ende no supremo, le imponga a otro colega, *ex autoritate princeps*, cómo debe resolver el litigio sobre la constitucionalidad de una norma. En todo caso, la necesidad social de contar con una respuesta constitucional final, última e igualitaria para todos, se logrará si el caso llega a los estrados de la CSJN, y es decidido así por ella (aunque, según subrayamos, todo ello con matices de relatividad). Tal esquema tiene obviamente sus bemoles –todo tiene sus costos en el mundo jurídico–, pero quien desee lo contrario deberá postular un dispositivo concentrado y especializado de fiscalización, por ejemplo vía tribunal o sala constitucional extrapoder, o corte suprema tradicional dotada de control hegemónico de constitucionalidad, o mediante una sala constitucional situada bajo el paraguas de la Corte Suprema, todo enmienda constituyente mediante. Para ello, tendrá que alegar también buenas razones.

7. Conclusión

En Estados Unidos y en países que siguen al sistema norteamericano de control de constitucionalidad, el régimen original de efectos exclusivamente para el caso concreto (*inter partes*), respecto de una declaración judicial de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, ha variado sensiblemente, confiriendo a las sentencias de su Corte Suprema cierto valor expansivo, en el sentido que la doctrina que sienten debe ser seguida por los tribunales inferiores, y aún por oficinas del poder ejecutivo y del legislativo. Tal metamorfosis ha ocurrido —con frecuencia— sin cambios constitucionales o legales, por mera voluntad de los tribunales supremos.

Como resultado de esa mutación, las normas reputadas inconstitucionales por la Corte Suprema terminan cuasi bloqueadas, y las distinguidas como constitucionales, cuasi blindadas. De vez en cuando, se establecen ciertas excepciones a esos bloqueos y blindajes, y se autoriza a los tribunales inferiores a practicar algunas evasiones.

Por supuesto, en la medida que los precedentes adoptados por una Corte Suprema en materia de constitucionalidad e inconstitucionalidad resultan compulsivos para las cortes inferiores, en esa misma proporción disminuye el control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, dado que esos cuerpos jurisdiccionales subalternos pierden competencia para dirimir temas constitucionales en los asuntos ya definidos por la Corte Suprema.

Los efectos expansivos de la doctrina judicial sentada por una Corte Suprema, en un sistema como el indicado, encuentran legitimidad social en la fuerte cotización que tienen, hoy en día, los valores igualdad, previsibilidad y seguridad. De hecho, los tribunales supremos practican así papeles nomogenéticos, ya que sientan verdaderas normas que deben obedecer los inferiores. Ello uniformiza al derecho y evita sentencias contradictorias. Esa es su ventaja principal. Claro está que si el precedente sentado por la Corte Suprema es nocivo, se ganará en igualdad, pero se perderá en justicia. Por ello, la legitimidad de la doctrina expansiva de la doctrina judicial elaborada por un tribunal superior, tiene como presupuesto axiológico que dicha Corte se comporte, generalmente al menos, con una apreciable dosis de justicia.



Bibliografía

1. CATALANO, M. I. (2018), *Control de constitucionalidad y efectos de la sentencia en los procesos colectivos*. Tesis doctoral, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, versión policopiada.
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN, 1871) “Fisco Nacional c. Manuel Ocampo”, Buenos Aires, *Fallos*, 12:152.
3. CSJN (2005), “B., A. D.”, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 2006-II-92.
4. CSJN (2013), “Rizzo”, Buenos Aires, “La Ley”, 2013-D-30.
5. CSJN, (2017), “Schiffrin”, Buenos Aires, *Fallos*, 340:257.
6. CSJN, (2019), “Farina”, Buenos Aires, *Fallos*, 342:2344.
7. DORSEN, N.; ROSENFELD, M.; SAJOS, A. y BAER, S. (2003), *Comparative Constitutionalism*, Thomson West, St. Paul, Minnesota.
8. GARAY, Alberto F. (2016), *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, 2013, Abeledo-Perrot.
9. KELSEN, H. (1969) *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., trad. por Eduardo García Maynez, México, Fondo de Cultura Económica, pág. 183 y sigts.
10. KELSEN, H. (1993), *El control de constitucionalidad de las leyes*, trad. de Domingo García Belaunde, en “Ius et Veritas”, Lima, N° 6.
11. LEGARRE, S. (2016), *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional*, Buenos Aires, Abaco, p. 196.
12. SAGÜÉS, M. S. (2004) *Las acciones afirmativas en dos recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, México, Porrúa, N° 2 ps. 225-215.
13. SAGÜÉS, N. P. (2006), *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
14. SAGÜÉS, N. P. (2008), *Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino*, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 12, págs. 333-356.
15. SAGÜÉS, N. P. (2016), *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed., reimpresión, Buenos Aires, Astrea.
16. SAGÜÉS, N. P. (2017), *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*. Buenos Aires, Astrea, t. 1.

17. SAGÜÉS, N. P. (2018), *El trámite del amparo colectivo nacional y los roles normogénéticos de la Corte Suprema*, en *Jurisprudencia Argentina*, 2018-III-1253.
18. SAGÜÉS, M. S. (2020), *El precedente constitucional criollo*, en prensa.
19. SAGÜÉS, N. P. (2020a) *Un tema recurrente: el efecto expansivo de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Novedades significativas*. En Revista “*La Ley*”, Buenos Aires, 29/5/20.
20. SAGÜÉS, N. P. (2020b) *Tras las huellas de Kelsen. A los cien años de la primera Corte Constitucional y ochenta de la primera Sala Constitucional*, en Universidad de Castilla-La Mancha, Revista “*Parlamento y Constitución*”, N^o 21, ps. 177-201.
21. SBDAR, C. B. (2013), *Juicio de amparo colectivo*, Buenos Aires, Hammurabi.

La giurisprudenza “creativa” della Corte costituzionale italiana in materia di inizio e fine vita

✍ GAETANO SILVESTRI*

1. Una breve premessa

Nell'epoca attuale si fronteggiano su scala globale due concezioni fondamentali della giustizia costituzionale, che non corrispondono più interamente ai due tradizionali modelli della *judicial review of legislation* americana e della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, ma da essi derivano, per il tramite di complesse e variegate evoluzioni storiche.

497

La prima concezione è quella –figlia del modello kelseniano– che costruisce il controllo di legittimità costituzionale delle leggi come confronto astratto e testuale tra due norme poste su gradi gerarchici diversi, con conseguente eliminazione della norma di grado inferiore che abbia violato quella di grado superiore. Tutto ciò che esuli dal puro e semplice contrasto tra due testi normativi (omissioni, prescrizioni irragionevoli e sproporzionate, anacronismi etc.) non appartiene al campo della giustizia costituzionale, ma resta assorbito nella discrezionalità politica del legislatore. La legittimazione democratica di quest'ultimo deve essere preservata e valorizzata, principalmente allo scopo di evitare quella “*juristocracy*”, che cancellerebbe, in un sol colpo, sovranità popolare e separazione dei poteri. Vi sono plurime varianti di questa concezione, più o meno consequenziali, a seconda del grado di ragionevolezza dei singoli giuristi che le elaborano.

* Presidente emerito della Corte costituzionale, già Presidente della Scuola Superiore della Magistratura.

La seconda concezione intende il giudizio di legittimità costituzionale come conformazione e ri-conformazione continua dell'ordinamento giuridico, alla luce dei principi costituzionali e partendo dai casi della vita, riflessi nelle controversie giudiziarie. Il compito del giudice delle leggi non si limita soltanto a confrontare due norme, ma punta alla restaurazione sostanziale dell'ordine costituzionale violato, per azione od omissione, introducendo, se necessario, nuove prescrizioni normative, non create dal nulla, ma desunte dallo stesso sistema positivo, letto in modo costituzionalmente orientato. Più che di fornire risposte formalmente neutrali, si tratta –in questa prospettiva– di “rendere giustizia costituzionale”, dare cioè ai principi racchiusi nelle norme costituzionali il massimo di espansività pratica, anche sulla base della considerazione che la prolungata inattuazione della Costituzione equivale, nei fatti, ad una sua violazione, giacché mantiene in vigore criteri regolatori delle relazioni umane diversi e contrastanti da quelli voluti dai principi costituzionali.

Tra l'una e l'altra delle due concezioni si deve operare una scelta che implica la propria responsabilità morale. Stupisce che ancor oggi tra i giuristi sopravviva la convinzione che si possa parlare di una scienza “esatta” del diritto, una scienza che ci consegni “certezze” oggettive del tutto scisse da ogni valutazione di tipo assiologico. Eppure lo stesso Kelsen, principe del formalismo del XX secolo, dopo l'immane tragedia della Seconda Guerra Mondiale, aveva riconosciuto che alla base dell'ordinamento internazionale stava la scelta radicale tra imperialismo e pacifismo ed aveva ulteriormente chiarito, nella sua ultima grande opera teorica, come nel passaggio dal grado superiore a quello inferiore dello *Stufenbau*, si insinuava inevitabilmente una scelta discrezionale dell'interprete. Stupisce, ripeto, che ciò avvenga –con periodiche “rinascite” positivistiche– quando ormai gli studiosi di quelle che un tempo si chiamavano scienze “esatte” (fisica, chimica etc.) ci avvertono che non ha fondamento la fiducia positivista in verità oggettive che il soggetto può solo scoprire bell'e fatte. L'ingenua credenza in certezze precostituite, soltanto da rivelare e riconoscere, emarginata dal campo delle *hard sciences*, otterrebbe il suo più adeguato riparo nel campo del diritto. Questa fiducia troverebbe peraltro terreno fertile nell'ambito del diritto costituzionale contemporaneo, che, per sua natura, è composto in gran parte di norme-principio dal contenuto indeterminato.

Ma vi è un'ulteriore scelta che il giurista e il giudice costituzionale devono compiere. Posta la natura dinamica dell'interpretazione costituzionale –senza la quale non resterebbe che un originalismo molto simile ad una archeologia del diritto– la Corte costituzionale deve arrestarsi alla constatazione di conformità o difformità tra due testi normativi o deve invece porre riparo –di fronte all'inerzia e talvolta all'intenzionale inattuazione della costituzione da parte del legislatore– ad un *vulnus* constatato, affinando il suo strumentario tecnico?

Non esiste una risposta obbligata (sogno di tutti i positivisti!), ma solo una scelta responsabile derivante dalla necessità di rimettere in piedi, in qualche modo, l'equilibrio costituzionale turbato nel modo più grave dal comportamento dannoso più inafferrabile: l'omissione. Di ciò si sono accorti alcuni costituenti (v., ad esempio, quello portoghese) e sempre più giudici costituzionali.

Questa breve premessa metodologica serve a mettere in luce la chiave di lettura che sarà adoperata in questa analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in due settori del "biodiritto", l'inizio e il fine vita, che coinvolgono opzioni etiche fondamentali non eludibili con timorose (e comode) astensioni "scientifiche". Non ce lo consente una Costituzione, come quella italiana (e come la stragrande maggioranza delle costituzioni contemporanee) carica di principi, veste giuridica dei valori che si sono espansi nel mondo dopo gli orrori del XX secolo.

2. Il principio personalistico e gli altri principi costituzionali in gioco

Le prime due grandi Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra in Europa, dopo la fine della barbarie nazifascista, furono quella italiana (1948) e tedesca (1949). Entrambe affermarono con chiarezza il principio personalista, che implica, come effetto generale, la primazia della persona rispetto allo Stato e spazza via definitivamente ogni residuo di paternalismo e di Stato etico.

Il soggetto astratto della tradizione liberale cede il posto alla persona concreta, l'essere umano in carne e ossa, con le sue determinanti

storiche, sociali e culturali. Il diritto tutela quindi la persona come effettivamente esiste, non come dovrebbe essere secondo una specifica dottrina religiosa, ideologica o di filosofia morale. Spogliata da ogni riferimento mistico, la persona viene assunta dalla Costituzione come unione inscindibile di spirito e di corpo, naturale ambito di autodeterminazione dell'individuo su se stesso, con l'unico limite del *neminem laedere*. Da questo assunto fondamentale si deducono l'estensione e i limiti del "bio-diritto", che non corrisponde ad una singola disciplina giuridica e risulta oggi in continua espansione.

Il principio personalistico offre il legame che unisce gli altri principi costituzionali in gioco nella complessa materia del biodiritto:

solidarietà (art. 2); pari dignità sociale (art. 3); libertà personale (art. 13); *privacy* (art. 14); libertà di religione (art. 19); libertà di manifestazione del pensiero (art. 21); diritto alla salute (art. 32); libertà della scienza e della ricerca scientifica (art. 33).

500

I principi e i diritti fondamentali sopra richiamati hanno dimostrato una forte, anche se discontinua, carica espansiva a livello europeo e planetario. Dalle Costituzioni nazionali dell'Europa –ivi compresi gli Stati usciti dal "socialismo reale"– alle Carte europee (CEDU 1950; Carta di Nizza 2000), alla Convenzione americana sui diritti umani (1969), alla Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli (1981), alla Carta dei diritti umani dell'Asia (1998), il principio personalista e il declino del dominio assoluto dello Stato sulla vita dei cittadini sembrano tendenze ormai avviate a prevalere su scala mondiale. Ciò non deve indurre a dipingere scenari idilliaci, giacché la violazione dei diritti umani avviene, anche in forme feroci, in tanta parte del mondo e –si deve constatare con rammarico– la pena di morte, radicale negazione del principio personalista, è ancora in vigore ed applicata negli Stati Uniti d'America, in Russia e in Cina, le tre massime potenze del pianeta. La stessa effettività giuridica di alcune Carte o Convenzioni internazionali volte a tutelare i diritti umani può essere messa in dubbio. Queste amare rilevazioni non sono però buoni motivi per indurre ad un pessimismo "realistico" che, in talune versioni, somiglia molto al cinismo.

La "lotta per la Costituzione" è, innanzitutto, lotta per la dignità della persona, sintesi dei diritti fondamentali, nel cui ambito il biodiritto occupa un posto centrale. Il compito del giurista che non voglia nascondersi dietro un falso neutralismo "scientifico" è quello di conquistare nuovi spazi, anche esigui, a questa causa.

3. Il ruolo della scienza e il rischio dello scientismo giudiziario

Proprio perché il biodiritto è un campo nel quale si incontrano, si incrociano e spesso si scontrano concezioni etiche diverse sentite come incompatibili dai loro portatori, la scienza gioca un ruolo importante nel porre punti di riferimento tendenzialmente oggettivi, ossia, più precisamente, meno permeati di soggettivismo. Vi è largo accordo ad escludere che le questioni tipiche del biodiritto si possano decidere con il semplice criterio aritmetico della maggioranza, così come, del resto, tutte le questioni giuridiche aventi un sostrato etico in un ordinamento ispirato alla libertà e al pluralismo.

Talvolta la Corte costituzionale italiana ha fatto rinvio alle evidenze scientifiche quali naturali e necessarie integrazioni del parametro da utilizzare nei giudizi davanti a sé, specie in relazione alle operazioni di bilanciamento tra principi e diritti potenzialmente in contrasto. Ad esempio, in tema di valutazione di determinate pratiche terapeutiche, «la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009). Infatti «la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango» (sentenza n. 162 del 2014, ma, già in precedenza, n. 151 del 2009 e n. 282 del 2002).

Come si vede, il giudice delle leggi non rinvia puramente e semplicemente alla scienza ed ai suoi cultori, scienziati o professionisti, ma ha cura di riservare al diritto (legislazione e giurisdizione) il giudizio sul "rango" degli interessi in gioco, dopo aver preso atto delle valutazioni tecnico-scientifiche degli esperti. Alla fine, le evidenze scientifiche sono

sempre –nel ragionamento giuridico-costituzionale– *value-laden*, partono dal fatto, ma si concludono sempre nella sfera del dover-essere. Non sarebbe metodologicamente corretto, pertanto, cadere in una sorta di “scientismo giudiziario”. Come si accennava già nel § 1, spesso si riscontrano incertezze nei vari campi della ricerca scientifica, sia teorica che applicata. Il giudice (costituzionale e comune) da una parte è obbligato a decidere (non può rifugiarsi nel *non liquet*) “come se” dai dati scientifici emergessero certezze assolute, dall’altra non può e non deve assumersi la responsabilità di scelte non confortate dall’evidenza dei fatti. Peraltro, come è noto, da leggi o regolarità naturali non si possono dedurre norme etiche o giuridiche: tra la sfera dell’essere e quella del dover essere si interpongono sempre la coscienza e la volontà umane. Per restare nel campo del diritto, il rinvio alla scienza può essere soltanto la base cognitiva indispensabile, in certi contesti, per verificare –entro i limiti delle conoscenze disponibili– il legame con la realtà di una certa prospettiva deontologica prescelta dal giudice, in attuazione o nel rispetto dei principi costituzionali. Tuttavia non tutto ciò che è possibile sul piano scientifico e tecnologico lo è pure sul piano giuridico. Se questo è palesemente vero, appare evidente la conseguenza che non può valere un rinvio *sic et simpliciter*, ma è ammissibile soltanto un rinvio a certi fini e per la realizzazione di certi interessi ritenuti meritevoli di tutela in un ordinamento giuridico dato. In conclusione, il rinvio alla scienza, pur essendo molto utile per dare razionalità alle scelte giurisprudenziali, non può essere un mezzo per eludere la responsabilità di chi interpreta la Costituzione e le leggi e applica le regole, ma, al massimo, per tentare di dimostrare la non arbitrarietà del suo operato.

Riflessioni analoghe si potrebbero fare per forme, che talora affiorano, di “scientismo legislativo”. Ma esulano da questa trattazione.

4. **L’incertezza scientifica e giuridica, la pluralità di soluzioni possibili e i limiti delle “rime obbligate”**

Tra i principi fondamentali della Costituzione –non solo di quella italiana, ma di tutte quelle che si ispirano al costituzionalismo moderno– vi è la separazione dei poteri. Non si tratta di un principio meramente

organizzativo, ma di un presidio di garanzia della democraticità dello Stato e, ad un tempo, di tutela dei diritti dei cittadini. Quando si intrecciano ampiezza dei principi costituzionali ed incertezza sugli approdi della ricerca scientifica, il giudice costituzionale si trova con pochi punti di riferimento per definire una via univoca di attuazione della Costituzione su una determinata questione controversa.

Torna periodicamente alla ribalta il limite –enunciato da Vezio Crisafulli più di quarant'anni addietro– delle “rime obbligate”, metafora con la quale si esprime la necessità che la Corte, nella sua opera di “bonifica” costituzionale realizzata non per caducazione, ma per aggiunzione, si arresti di fronte all'impossibilità di individuare nel sistema costituzionale e legislativo una linea-guida sufficientemente chiara sui modi e le forme di attuazione costituzionale in uno specifico settore. La necessità delle “rime obbligate” appare più stringente nei campi solitamente sussunti nell'area del “biodiritto”, dove prese di posizione unilaterali e militanti, ma non largamente condivise, apparirebbero in stridente contrasto con il principio di separazione dei poteri. Quest'ultimo vuole che la funzione normativa sia lasciata interamente al legislatore nei casi in cui la costruzione della regola non possa che essere frutto di una scelta politica, in presenza di un ventaglio di ragionevoli possibilità, tutte compatibili con il dettato costituzionale.

503

Come è noto, questa dottrina fu accolta con sollievo, e anche con entusiasmo, da chi, sul piano teorico-giuridico, avvertiva la contraddizione tra l'anomalia di un giudice costituzionale che, con le sentenze “additive”, introduceva nuove norme nell'ordinamento giuridico e l'imperiosa esigenza di giustizia, che imponeva l'eliminazione di un *vulnus* alla Costituzione, senza arrecare uno maggiore con una mera caducazione della norma censurata.

L'entusiasmo si attenuò man mano che apparve chiaro ciò che, in verità, si poteva vedere sin dall'inizio: se erano obbligate le rime, il resto dei versi era libero. E spesso la rima non era più che un'assonanza. Vedremo più avanti che in tempi recenti il limite delle rime obbligate è stato sostanzialmente superato, anche se non siamo arrivati, come vedremo, al “diritto libero”, eterno spauracchio agitato da positivisti irriducibili e loro ultima

spiaggia. In questo momento ci troviamo nella situazione in cui nella giurisprudenza costituzionale convivono spinte molto forti al superamento del limite crisafulliano e resistenze altrettanto decise. Un esempio molto significativo, quasi una *summa* della dottrina delle “rime obbligate”, lo possiamo trovare nella sentenza n. 84 del 2016, riguardante il divieto di ricerca scientifica sugli embrioni umani contenuto nella legge n. 40 del 2004:

«A fronte [...] di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica –una scelta [...] così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea– la linea di composizione tra gli opposti interessi che si rinviene nelle disposizioni censurate attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale.

Ciò che del resto è avvenuto in tutti quegli Stati europei che, come ricordato dalla Corte di Strasburgo, “hanno adottato un approccio permissivo” nei confronti della ricerca sulle cellule embrionali, nei quali ad una siffatta opinione si è addivenuti sempre e soltanto per via legislativa.

È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte.

Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione [...] di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo di questa Corte [...] stante il carattere non “a rime obbligate” di un tale intervento».

La Corte conclude affermando che una scelta complessiva dovrà essere presa dal legislatore *anche* sulla base di evidenze scientifiche e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale. Sottolinea quindi il giudice delle leggi l'importanza cruciale del consenso prevalente della comunità scientifica internazionale.

A questo punto si erge una difficoltà che non può dirsi superata al momento presente. Quale significato dare alle espressioni "valori condivisi", "consenso prevalente", "orientamenti radicati" e simili. Per effetto del rango della fonte (la Costituzione), della tutela delle minoranze (trattandosi di diritti fondamentali) e del "politeismo dei valori" proprio di una democrazia pluralista, si deve escludere che si possa far riferimento ad un consenso "maggioritario". Non si tratta di valori, principi o interessi che si possano mettere ai voti, in modo da risolvere delicatissime questioni etico-giuridiche "a colpi di maggioranza". Come distinguere peraltro un consenso maggioritario transeunte da un radicamento culturale e sociale di tale intensità da far assumere un'idea o un interesse a principio o diritto costituzionalmente individuato e protetto, sia pur non come esclusivo e sia pur in via interpretativa. Vi possono essere –e vi sono– opzioni e finalità che, degne di rispetto sul piano della libertà, non hanno la forza e il peso storici per essere costituzionalmente imposte, in assenza di una chiara volontà espressa dal legislatore.

505

Detto ciò, non dobbiamo pensare di aver superato del tutto l'enorme difficoltà prima segnalata. Vi sarà sempre un punto di vista contrario alla soluzione adottata dal legislatore o dal giudice delle leggi. Nel primo caso, i dissenzienti possono scegliere, per cancellare la scelta avversata, la via politica o quella giurisdizionale, nel secondo, resterebbe soltanto la via della legge costituzionale, se non ci si trovasse nel terreno dei principi supremi! Tuttavia la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana offre al legislatore la possibilità di modificare regole introdotte mediante pronunce additive, proprio perché è stata adottata un'accezione larga –molto larga!– della dottrina delle "rime obbligate", come avremo modo di vedere meglio più avanti.

L'allentamento del rigore di un limite che ha resistito oltre quarant'anni si è verificato quando è apparso chiaro che gli espedienti

adottati dalla Corte per “decidere di non decidere” (pur per nobili motivi istituzionali) rischiavano di diventare, alla lunga, complicità in quella particolare forma di violazione della Costituzione consistente nel lasciarla inattuata, per eccesso di *judicial deference*. Quando la Corte si rende conto di essere vicina a questa soglia sperimenta nuovi strumenti decisori, antepoendo l’interesse costituzionalmente protetto al formale rispetto per un legislatore neghittoso, paralizzato dai contrasti o, peggio, consenziente di fronte all’imposizione legale di concezioni etiche di origine religiosa o ideologica. La stessa cogenza delle “rime obbligate”, in taluni casi, si allenta, sin quasi a scomparire.

5. Alcune ponderazioni riguardanti l’inizio della vita

Per lungo tempo in Italia, come in molti altri paesi, la pratica dell’aborto è stata vietata, con previsione di sanzioni penali, in ossequio ad un’interpretazione estensiva della tutela della vita del nascituro, unita ad una restrittiva della tutela della salute, fisica e psichica, della madre. Anche se per il diritto l’embrione non poteva considerarsi “persona” –poiché, per il codice civile, la soggettività giuridica si acquista con la nascita– la tutela del suo diritto alla vita cedeva il passo solo di fronte alla tutela della vita della madre. Era ammesso quindi soltanto il c.d. aborto terapeutico, quando vi fossero seri rischi per la vita della madre stessa. L’evoluzione della coscienza sociale portò alla nascita di un largo movimento di opinione pubblica volto a contestare l’equiparazione di una persona già esistente, soggetto giuridico a pieno titolo, al feto, che ancora persona non lo è, con una intrinseca svalorizzazione della donna portatrice della gravidanza.

La Corte costituzionale, nel silenzio del legislatore, rilevò l’irragionevole sproporzione tra le tutele giuridiche rispettivamente del feto e della madre, affermando che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare.» La Corte non affermò un diritto incondizionato all’aborto, limitandosi a dichiarare non punibile l’interruzione volontaria della gravidanza operata entro certi limiti e con particolari cautele, della cui precisazione

si faceva obbligo al legislatore, «per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione; e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione delle condizioni atte a giustificarla» (sentenza n. 27 del 1975).

Già in questa pronuncia si comincia a intravedere il *fil rouge* destinato a connettere tutte le successive decisioni del giudice delle leggi: la ponderazione delle tutele costituzionali alla luce di una visione laica della persona, e quindi del procurato aborto, nella cui qualificazione alla luce della Carta costituzionale non incidono, come per il passato, il sentimento religioso, una determinata filosofia morale, le dottrine sociali, politiche, giuridiche e demografiche, pur richiamate, senza manifestare alcuna preferenza, all'inizio del *Considerato in diritto*. La persona umana, con la sua volizione ed il suo individuale diritto alla vita e alla salute, non è più assorbita da un'ideologia di Stato, ma acquista valore in sé, non è più funzionalizzata a scopi che la trascendono, ma è tenuta soltanto all'osservanza di precisi e puntuali doveri sanciti dalla legge, in attuazione del principio di solidarietà e, ovviamente, di quello del *neminem laedere*. Il bilanciamento necessario per ottenere soluzioni ragionevoli non potrebbe avere luogo a partire da principi aventi valore assoluto. L'unico assoluto costituzionale ipotizzabile è la dignità umana, nel senso che essa non può subire compressioni per alcun motivo. Anch'essa tuttavia è frutto di bilanciamento, in quanto sintesi dei diritti e doveri fondamentali, esito delle ponderazioni affidate al legislatore e ai giudici nelle rispettive sfere di competenza.

Sempre la constatata sproporzione relativa di tutele sta alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di impianto di più di tre embrioni nella pratica della fecondazione assistita. L'assolutezza del divieto e del limite numerico può portare conseguenze negative per la salute della donna, costringendo, in caso di insuccesso del primo tentativo, a successive stimolazioni, che possono determinare conseguenze dannose. La norma restrittiva imponeva quindi una sovratutela dell'embrione di contro ad una sottotutela della donna. La Corte aggiunge una considerazione, avente portata generale, sull'impossibilità del medico, stante il

divieto, di decidere caso per caso il numero di embrioni da impiantare. Ricorda infatti il giudice delle leggi che «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulla quali si fonda l'arte medica; sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009). Si tratta di un'affermazione molto netta, per la quale valgono le considerazioni che abbiamo esposto nel § 4.

L'importanza della libera volontà della persona su se stessa –già evidente nelle precedenti pronunce richiamate– risalta in modo particolarmente chiaro nell'impianto della motivazione della sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. La legge n. 40 del 2004 aveva stabilito tale divieto giuridico in ossequio ad analogo divieto di matrice religiosa e ideologica, con totale sacrificio della libertà di autodeterminazione delle persone, in assenza di danni a terzi (sentenza n. 162 del 2014).

La citata legge n. 40 del 2004, pur dichiarata dalla stessa Corte “costituzionalmente necessaria” (sentenza n. 45 del 2005), è risultata tuttavia, con il passare del tempo, una legge di “inattuazione costituzionale”. Si pone allora un quesito, che potrebbe rimettere in discussione la citata definizione del giudice costituzionale oppure avvalorarla ancor di più: è meglio una disciplina purchessia che colmi un vuoto legislativo oppure è preferibile nessuna disciplina ad una normazione incostituzionale? Paradossalmente una disciplina incostituzionale offre alla Corte una strada più agevole e breve per tutelare diritti fondamentali violati. Difatti è più facile “bonificare” una legge esistente che costruire dal nulla.

Sulla base del metodo del libero confronto delle idee e delle teorie è possibile comporre –tra molte difficoltà e contraddizioni!– discrezionalità politica del legislatore, pluralismo etico, rispetto per la scienza e principi costituzionali. La cosa peggiore sarebbe ragionare per compartimenti stagni. Ciò determinerebbe –ed ha determinato spesso in concreto– la

paralisi decisionale. Il che creerebbe un vuoto apparente, giacché perpetuerebbe la prevalenza, nella prassi, di principi pre-costituzionali, se non addirittura pre-moderni.

6. Alcune ponderazioni in tema di fine della vita

Anche la discussione sulla liceità di porre fine alla propria esistenza avvalendosi dell'aiuto altrui dura ormai da molti anni, poiché su questo argomento si presentano le stesse difficoltà che si riscontrano sulle questioni di inizio vita. Le problematiche giuridiche sono strettamente intrecciate a fedi religiose, convinzioni etiche, posizioni ideologiche. Dal punto di vista del diritto costituzionale, si deve ribadire il punto di partenza già enunciato in precedenza: ogni persona ha il diritto (di libertà) ad autodeterminarsi sulla propria persona, a condizione di adottare le proprie decisioni in piena coscienza e libertà e di non recare danno ad alcuno. Questo vuole il principio supremo personalista, che si contrappone al principio statalista e organicista della morale individuale imposta per legge e non liberamente scelta e praticata da ogni soggetto. Si potrebbe anche partire da presupposti diversi; in tal caso però, a mio modesto avviso, si fuoriuscirebbe dall'universo di valori che hanno dato origine ai principi della Costituzione italiana e di tutti gli altri sistemi di democrazia pluralista. Vi sarebbe un salto extra-sistematico dalla democrazia pluralista allo Stato etico.

509

Per rimediare ad un silenzio del legislatore durato troppo a lungo, di fronte ad una norma penale (art. 580 c.p) ispirata a criteri etici di stampo confessionale –assunti dallo Stato come propri e riorientati in senso demografico, secondo l'ideologia fascista– la Corte costituzionale italiana ha compiuto un'ardita operazione di “bonifica”, con una pronuncia additiva dal dispositivo massiccio, che dimostra, con la sua complessità, la difficile ponderazione di principi che lo ha determinato.

Vediamo più da vicino i punti fondamentali delle due pronunce del giudice delle leggi in tema di aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019), già incriminato come delitto dal citato articolo del codice penale.

La Corte ha preso le mosse da due asserzioni, apparentemente in contrasto, che hanno tracciato le coordinate di tutto il ragionamento svolto a base della declaratoria di illegittimità costituzionale, cui è infine pervenuta: 1) la vita è un bene indisponibile sempre e comunque; 2) la tutela della dignità umana implica necessariamente l'autodeterminazione della persona su se stessa.

La lunga marcia verso la flessibilizzazione dell'indisponibilità del bene della vita è partita dal divieto di accanimento terapeutico non richiesto e non consentito dall'infermo ed è passata dal diritto di rifiutare il prolungamento di sostegni vitali in determinate, estreme circostanze (legge n. 219 del 2017), sino al suicidio assistito con precise cautele di natura sostanziale e procedurale.

Si deve notare che altri ordinamenti europei e la stessa Corte di Strasburgo hanno, con maggiore o minore decisione, aperto la strada al riconoscimento del diritto del soggetto ad autodeterminarsi, sino a chiedere lecitamente un aiuto concreto a chiudere la propria esistenza.

510

La Corte EDU ha proceduto gradualmente a tale riconoscimento sin dal caso *Pretty c. Regno Unito* (2002). Il giudice europeo ha precisato che le questioni riguardanti il fine vita ricadono, come si accennava prima, nell'art. 8 CEDU (*Privacy*) e non negli artt. 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di trattamenti inumani). È prevalso tuttavia l'orientamento a dichiarare l'esistenza di un "margine di apprezzamento" dei singoli Stati, in ragione della notevole disparità di concezioni etiche e fedi religiose esistenti in ambito europeo. Si deve notare che, in tempi più recenti, la suddetta Corte si avvia ad una considerazione integrata degli artt. 2 e 8 della Convenzione, eliminando così una divaricazione che appariva priva di basi logiche (*Lambert c. Francia*, 2015).

Tutta la materia è contrassegnata da una certa labilità di confini tra situazioni diverse, che possono cambiare in concreto la valutazione di liceità/illiceità già difficile in astratto, se si vuol mantenere lo specifico punto di equilibrio tra tutele in conflitto, per il momento fissato nelle due pronunce citate, ma che può essere modificato in futuro dal legislatore e dalla stessa Corte.

Poiché —come si è ricordato all’inizio— è stato escluso un diritto incondizionato al suicidio, è molto importante distinguere con cura l’aiuto al suicidio dall’eutanasia attiva, come è stato rilevato nell’ordinanza n. 207 del 2018. Di qui la necessità di delineare con particolare precisione le fattispecie, anche con l’ausilio di elementi circostanziali e prescrizioni procedurali. Rimangono pur sempre margini di incertezza, che si possono cogliere se si fa riferimento ad esempi di scuola che pongono quesiti di ardua soluzione. *Quid iuris* nell’ipotesi di un camionista, rimasto intrappolato nel suo autocarro in fiamme, che, nell’impossibilità sua e di altri di spegnere l’incendio, implora una persona presente, che si trova all’esterno, di ucciderlo con un colpo di fucile? Sottrarre il camionista al destino atroce di essere arso vivo equivale ad evitare al malato terminale incurabile il prolungarsi di sofferenze intollerabili? Si tratterebbe di aiuto al suicidio o eutanasia attiva? Naturalisticamente sembra prevalere la seconda ipotesi, ma sul piano della valutazione etico-giuridica si potrebbe anche propendere per un’estensione del trattamento giuridico del suicidio assistito, pur in assenza di alcune delle condizioni previste per la sua liceità. La giurisprudenza (costituzionale e ordinaria) avrà molto da lavorare e forzare confini, se il legislatore non troverà finalmente il coraggio di affrontare lo spinoso argomento.

La ricerca di limiti, sostanziali e procedurali, alla non punibilità del suicidio assistito è dominata dalla preoccupazione dei possibili abusi, di quel “pendio scivoloso” che potrebbe condurre ad una progressiva banalizzazione di tale pratica, foriera di cinica indifferenza, forzature della volontà di soggetti fragili, speculazioni affaristiche. L’individuazione precisa e dettagliata delle condizioni legittimanti sarebbe stata compito del legislatore. Quest’ultimo purtroppo sfuggiva a tale suo preciso dovere, preferendo non intervenire, così di fatto convalidando la legislazione vigente in palese contrasto con il principio personalista oltre che con il più elementare senso di umanità.

La sentenza n. 242 del 2019, con un dispositivo lungo e particolareggiato, quasi una sentenza-legge, impone, come condizioni sostanziali di legittimità dell’aiuto al suicidio: 1) una decisione libera, cosciente ed informata della persona interessata; 2) un trattamento di sostegno vitale

in atto; 3) una patologia irreversibile; 4) sofferenze fisiche e/o psicologiche insopportabili o ritenute tali dalla persona ammalata. Ad esse si aggiungono precise condizioni procedurali: 1) necessità di previo accesso alle cure palliative; 2) verifica da parte di una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale; 3) parere del comitato etico competente.

La considerazione complessiva delle condizioni, sostanziali e procedurali, prescritte dalla Corte mostra chiaro il segno di un bilanciamento molto vicino ad un compromesso tra affermazione del principio di autodeterminazione della persona e rifiuto tradizionale di lasciare agli individui la totale disponibilità della propria vita. I “puristi” dell’uno e dell’altro versante possono sbizzarrirsi a trovare inaccettabili concessioni alla dottrina avversa. La Corte ha fatto in modo che non prevalessero né gli uni né gli altri, fissando un punto di equilibrio che ben può essere modificato e diversamente configurato dal legislatore, quale interprete della volontà popolare, come del resto esplicitamente affermato dalla stessa sentenza. Qualunque rimodulazione delle condizioni legittimanti da parte del Parlamento non potrà tuttavia tornare indietro rispetto alla decisione di dichiarare legittimo, come principio di fondo, l’aiuto al suicidio, da ritenersi irreversibile attuazione della Costituzione. Di fronte al fanatismo feroce, che spregia la dignità umana, o di fronte al tremebondo alibi positivisticco, anche se rafforzato da aggressività ed invettive, oltre al ragionamento giuridico si leverebbe l’indignazione morale.

512

Ugualmente inaccettabili sembrano certi furori “laicisti”, che appaiono ispirati alla stessa intolleranza che anima i bigotti.

Atteggiamenti improntati alla *caritas* verso il prossimo sembrano farsi strada in alcune prassi giudiziarie. Ad esempio, il *Director of Public Prosecutors* per l’Inghilterra e il Galles segue la prassi di non attivare la *prosecution* nei confronti di coloro che aiutano pietosamente malati terminali a porre fine alla loro esistenza.

È pure presente all’attenzione della giustizia costituzionale il problema dell’effettività della libertà di autodeterminarsi in materia di fine vita. Il Tribunale costituzionale federale tedesco ha di recente (sentenza del 2° Senato del 26 febbraio 2020) delineato le linee attuative di tale

libertà. La lunga e complessa motivazione di questa pronuncia si snoda in una successione logico-giuridica di affermazioni: 1) il diritto generale alla personalità, sancito dalla Costituzione, implica il diritto ad una morte autodeterminata; 2) la libertà di togliersi la vita comprende anche la libertà di cercare, a questo fine, e di ricorrere all'aiuto di terzi, in quanto questo venga offerto. Da queste premesse, il giudice delle leggi tedesco trae la conclusione che, se il legislatore ha deciso di sottoporre a pena forme di aiuto al suicidio ritenute pericolose per l'autonomia della persona, deve assicurare che, nonostante il divieto, nel singolo caso resti sempre un accesso all'aiuto al suicidio, posto a disposizione con libera volontà. Il divieto dell'aiuto professionale al suicidio –sancito dalla norma censurata del codice penale tedesco– restringeva le possibilità di suicidio assistito in una tale misura che, di fatto, al singolo non rimaneva spazio per esercitare la sua libertà costituzionalmente garantita. Di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale.

Se volessimo riassumere il principio fondamentale che sembra farsi strada oggi nella giurisprudenza degli Stati costituzionali del mondo e, con deprecabile ritardo, nelle legislazioni, potremmo dire che si va verso un'affermazione del diritto alla vita, senza che ad esso corrisponda un dovere alla vita stessa.

513

Tra la concezione liberale e personalistica, propria dello Stato costituzionale, e la concezione paternalistica e organicistica, propria dello Stato etico autoritario, c'è un salto di civiltà rispetto al quale si impone una scelta consapevole, con un'assunzione di responsabilità morale e civica non surrogabile dalla ricerca di soluzioni neutrali "oggettive" fornite dai detentori del potere, nella migliore delle ipotesi dalla maggioranza aritmetica dei votanti in una tornata elettorale. Se la dittatura della maggioranza è sempre inaccettabile negli ordinamenti democratici e pluralisti, lo è ancor di più quando si tratta di dare regole in materia di valori supremi che riguardano la vita stessa della persona umana.

A jurisdição constitucional como forma de controle republicano

✍ FERNANDO FACURY SCAFF* / ANTONIO MOREIRA MAUÉS**

1. Homenagem

Dentre tantas ações relevantes de sua vida acadêmica, Roberto Romboli liderou, a partir de 2008, encontros anuais de juristas italianos, espanhóis e brasileiros para debater temas do direito público contemporâneo. Essas “Jornadas Brasil-Espanha-Itália de Direito Constitucional” se tornaram um momento privilegiado de reflexão comparativa e aprendizado, além de propiciarem o cultivo da amizade entre seus participantes.

515

Em vários momentos das Jornadas, Romboli nos brindou com análises originais sobre a justiça constitucional italiana, as quais estimularam o desenvolvimento de estudos em outros países. Neste texto, pretendemos oferecer uma contribuição a esse debate apresentando alguns aspectos particulares da justiça constitucional brasileira.

* Professor da Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo e Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal do Pará (aposentado). Doutor e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Sócio de *Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff - Advogados*

** Professor da Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

2. Introdução

Este texto toma por base o Brasil e expõe a jurisdição constitucional como uma das formas de controle das ações governamentais no âmbito de um Estado de Direito que seja, ao mesmo tempo, democrático e republicano.

3. Sobre as noções de *controle* e de *responsabilidade*

01. Michel Foucault publicou, em meados da década de 70 do século passado, uma obra com o título *Vigiar e Punir*¹, em que analisa a mudança no sistema prisional francês desde o século XVIII até a contemporaneidade. O livro inicia descrevendo em minúcias uma cena ocorrida em 1757, na qual ocorre a dolorosa aplicação de uma pena corporal a um indivíduo —o que inclui seu sucessivo esfolamento, esquartejamento e morte na fogueira— que teria cometido o crime de parricídio, e prossegue seu relato até os dias atuais, com a criação das prisões e outras formas de cumprimento da pena. A grande questão da obra é: o que levou o sistema penal francês a mudar seu paradigma?

516

Uma das várias conclusões é que a mudança ocorreu porque a sociedade se *humanizou* ao longo do tempo, e o Rei, que tudo podia na fase absolutista, perdeu poder. A lógica exposta acerca da punição remanesce até os dias atuais, porém com um perfil mais “benevolente”, pois busca “corrigir e reformar as pessoas”, e não apenas puni-las de forma pessoal. E, além disso, busca não só *punir*, mas também *vigiar* como uma forma de *evitar* as *punições*, através de maior controle sobre as pessoas.

O ponto central da instigante obra de Foucault é o sistema prisional, demonstrando a busca da humanidade por *reformular* o homem, não apenas por meio de *punições*, mas, até mesmo, pela coerção que um eficaz sistema de *vigilância* exerce sobre as pessoas. O que antes era apenas *punir*, passou a ser também *vigiar*, para *prevenir* as *punições*. O *vigiar*, sob diversas formas e em diversos âmbitos, passou a ser uma forma de coerção

1 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 33. ed. Tradução Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

social como prevenção das condutas delituosas, que, caso venham a ocorrer, necessitam de *punição*.

Al entendimento pode muito bem ser aplicado ao toda a sociedade, pois estruturado não apenas sob uma ótica punitiva —que existe e deve ser aplicada, quando a conduta se revela fora dos padrões estabelecidos pelas normas em vigor—, mas também sob uma ótica preventiva, de *vigilância*, visando *controlar* os indivíduos e as instituições.

São dois os conceitos envolvidos: *controlar* e *responsabilizar*. *Controle*, deve ser entendido como um corolário de *vigilância*, e *responsabilidade*, como uma consequência *punitiva* em razão da conduta ilegal adotada.

Controlar e *responsabilizar* as pessoas não faz parte nem dos *fundamentos* (art. 1º, CF) e nem dos *objetivos fundamentais* (art. 3º, CF) da república brasileira, mas são essenciais em razão da função que exercem. Não se pode dizer que é *fundamento* ou *objetivo* de algum país *controlar* alguém em razão de seus atos, ou *responsabilizá-lo* em razão de alguma irregularidade financeira, mas são institutos necessários e importantíssimos para que se possa atingir os *objetivos* estabelecidos, com base nos *fundamentos* existentes —mas não são—, em si, finalidades buscadas por uma sociedade. E nem podem sê-lo, sob pena de subverter toda a estrutura, transformando o que é *instrumental* —o controle e a responsabilidade— em *objetivo*. Talvez em uma estrutura de *Estado Policial* se poderia afirmar que *controlar* e *responsabilizar* sejam objetivos do Estado, porém não é o que deve ocorrer sob a égide da Constituição brasileira de 1988.

517

02. O *controle* é um instrumento tipicamente republicano, pois quem assume incumbências públicas tem que prestar contas de seus atos ao povo, pois trabalha *em função* do povo.

Comparato assinala, com precisão, que a ideia de controle está associada à de poder, que possui diversas dimensões, dentre elas a política, a econômica, a religiosa, a moral e a técnica. E alerta que a questão não envolve apenas *dominação*, mas também *influência*. E arremata que “o

problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela”², pois, atualmente, “nas macroempresas capitalistas, ninguém sabe, a rigor, quem são as pessoas que detêm o controle em última instância, pois as múltiplas participações do capital –diretas, indiretas ou cruzada– constituem um emaranhado inextrincável, ou cadeia sem fim”³.

O Poder Judiciário exerce *controle*, e não *fiscalização*, pois a ele é incumbido o poder de julgar as condutas praticadas em desconformidade com o ordenamento jurídico.

É preciso ter muita cautela para que o sistema de controle financeiro não sufoque o desenvolvimento das ações governamentais, pois, caso haja desequilíbrio, pode acarretar o desinteresse dos cidadãos na participação política ativa, ocasionando o temor relatado há milênios por Platão: “o maior castigo para quem se furta à obrigação de governar é vir a ser governado por alguém pior do que ele”⁴.

518

O controle deve ser exercido tendo por baliza o princípio da legalidade⁵, e não os cânones morais ou políticos daquele que o exerce. Isso é deveras importante, pois o que rege a convivência em sociedade são as normas jurídicas, e não a moral individual ou coletiva não expressa em normas, ou, ainda, a opção política individual de quem detém essa espécie de poder em nome da sociedade. O Direito é que deve reger o controle, e não a moral ou a política. Pode parecer acariano, mas é sempre necessário recordar essas lições básicas, muitas vezes esquecidas ao longo da existência.

2 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 1-4.

3 COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. LVII, tomo I, p. 1115-1144, especialmente p. 1133 (em homenagem ao professor Dr. Antônio José Avelãs Nunes). Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

4 PLATÃO. *A República*. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1976. p. 70 (Livro I, 347-c).

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 749.

03. Já a noção de *responsabilidade* é definida por José de Aguiar Dias, para quem, “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”⁶. Sua origem, segundo Aguiar Dias, advém do direito romano, no qual a celebração dos contratos requeria certas solenidades, dentre elas, a pronúncia da palavra *spondeo*, derivada de *responde*, que vinculava solenemente o devedor ao cumprimento daquele ajuste. A responsabilidade é o dever que tem a pessoa de responder por seus atos. “Responsável é aquele que responde, e resposta é sempre resultante de estímulo anterior causativo – a pergunta”, segundo Cretella Júnior⁷.

O vocábulo responsabilidade, neste tópico, está voltado para a ideia de sanção, como resposta a um ato irregular, na linha do que acima foi definido à semelhança de *vigiar*, como uma forma de controlar, e *punir*, como um instrumento de *responsabilizar* quem cometeu o ilícito.

É responsável quem pratica o ato, ou, sendo obrigado a realizá-lo, se omite em fazê-lo. A singela pergunta “quem é o responsável por isso?” nos leva ao liame relacional entre quem adotou (ou deixou de adotar) aquele ato ou conduta, que pode ter consequências positivas ou danosas. Sendo a conduta danosa, o indivíduo ou a instituição causadora do dano deverá ser responsabilizado(a).

519

A responsabilidade jurídica envolve diversos aspectos, pois é necessário perquirir: 1) pelo sujeito ativo do ato de infração normativa; 2) pelo sujeito passivo atingido pela infração; 3) pelo nexo causal entre infrator e infração; 4) pelo prejuízo ocasionado; 5) pela sanção aplicável e 6) pela reparação.⁸

O vocábulo *responsabilidade* pode ser relacionado a atos de organização, quando terá o sentido de *competência*. É de responsabilidade

6 DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 9.

7 CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 6.

8 Nesse sentido, CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 8.

(competência) do Presidente da República decretar o Estado de Defesa (art. 136, CF), como também é de sua responsabilidade (competência) nomear e exonerar Ministros de Estado (art. 84, I, CF). Não se sabe se desses atos resultarão boas ou más consequências, mas ele será responsável por tais atos de organização e de funcionamento do governo. O mesmo pode ser dito no âmbito da responsabilidade dentro das relações privadas, por exemplo, quando a Lei das Sociedades Anônimas estabelece que compete à Assembleia Geral dos acionistas eleger a Diretoria da empresa.

Outra dimensão da responsabilidade diz respeito aos atos de conduta, quando então à pessoa poderá ser imputada conduta distinta daquela estabelecida na norma de regência da matéria. Por exemplo, no âmbito público, quando a Constituição estabelece que é crime de responsabilidade atentar contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (art. 85, III), o que atinge certas categorias de agentes políticos, o Presidente da República dentre eles.

520

A identificação de incorreções e desvios, ensejando a responsabilização, decorre do sistema de controle. Este é que deverá estar alinhado para a identificação das irregularidades existentes e para indicar quem é o responsável pelo ato infrator, bem como pelas penalidades a serem aplicadas.

Para a aplicação do princípio republicano, importa destacar que a apuração de responsabilidade por atos infracionais à Constituição e demais leis deve alcançar a todos, de forma igual⁹, na exata dimensão das atribuições que lhes tiverem sido incumbidas pelo ordenamento jurídico, independente de cargo, função, sexo, *status*, dimensão do dano¹⁰ ou qualquer outro diferencial que possa ser imputado para desqualificar sua responsabilidade. A noção que deve presidir a imputação de responsabilidade é de que todos são iguais perante a lei, e que esta deve ser aplicada

9 Ver item 2.2.4 do capítulo 2.

10 Estes aspectos podem ser considerados para a dosimetria das penas, jamais para afastar a responsabilidade pelas infrações.

a todos. Qualquer hipótese de imputação seletiva de responsabilidades, visando afastá-las, laborará contra o princípio republicano.

Nesse sentido, as possibilidades de responsabilização são infinitas, e existe todo um direito sancionador para regular a matéria, que atua em diversos âmbitos supraindicados: financeiro, político, patrimonial, penal, administrativo, econômico etc.

4. A jurisdição constitucional como parte integrante do sistema de controle

04. É dentro desse contexto que se analisa o papel desempenhado pelo Poder Judiciário em razão da inafastabilidade da submissão de lesões ou ameaças de lesões a direitos (art. 5º, XXXV, CF). E isso ocorre em dois âmbitos: no da *jurisdição constitucional*, que no Brasil abrange tanto o STF como os demais órgãos judiciais, em face do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado, que mescla o controle concentrado com o difuso; e no da *jurisdição ordinária*, em que não se discute matéria constitucional, mas apenas legal – que não será objeto de análise neste contexto.

521

A primordial garantia republicana é a da *guarda da Constituição*. Aqui reside a primeira e uma das mais importantes funções de *controle* estabelecido pela sociedade, e que se espelha fortemente na análise do controle das contas públicas.

Toda a trajetória do princípio da legalidade, desde sua construção como separação de poderes, por Montesquieu, passando pelo conceito de *vontade geral* de Rousseau e pela criação de direitos de nível superior, que são os *direitos fundamentais*, são importantíssimos para afirmar e definir o conceito de *república*¹¹. Portanto, é necessário reforçar as cautelas com o sistema de legalidade, pois será por meio do direito, e do direito

11 Sobre essa trajetória histórica e conceito de república, ver: SCAFF, Fernando Facury, *Orçamento republicano e liberdade igual - Ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

legislado, que essa ampliação ocorrerá. Aqui se insere o Estado Republicano e Democrático de Direito.

Isso é extremamente importante, pois une o conceito de *república* com o de *democracia*, na qual o povo toma em suas mãos o poder. Não o assembleísmo roussoneano, mas por meio da delimitação jurídica do que seja o *bem comum*, o uso da *coisa pública*, buscando a *afirmação dos direitos fundamentais*, ancorados no sistema de liberdades reais, ampliando a isonomia.

Surgem daí dois diferentes níveis de legalidade. Aquele alçado ao âmbito constitucional, com especial destaque para os direitos fundamentais que devem ser assegurados a todos, e o da legalidade, que deve buscar a ampliação desses direitos, usualmente conhecido como um sistema de *garantias*.

522

05. Hans Kelsen, em outubro de 1928, expôs em Paris um texto denominado *Jurisdição Constitucional* perante o Instituto Internacional de Direito Público, em sessão onde estavam presentes, dentre outros, Leon Duguit, Gastón Jèze e Carrè de Malberg. Nesse evento, apresentou sua noção de Constituição em sentido lato, como um documento jurídico que contém não apenas normas referentes a órgãos e procedimentos da administração, mas também um:

Catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais. Com isso —é o sentido primordial, senão exclusivo, dessa prática—, a Constituição traça princípios, diretrizes, limites, para o conteúdo das leis vindouras. Proclamando a igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade, na forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade, etc., a Constituição dispõe, no fundo, que as leis não apenas deverão ser elaboradas de acordo com o modo que ela prescreve, mas também não poderão conter disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade, etc. *A Constituição não é então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo*; por conseguinte, uma lei pode

ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seus conteúdos aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta¹².

Para Kelsen, a Constituição, no sentido moderno, é o fundamento da ordem estatal e é um documento jurídico, que deve ter por guardião um órgão que seja predominantemente técnico-jurídico, e não político-partidário. Diz o autor que:

Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é propriamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha uma geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e, em particular, as leis inconstitucionais também permanecem válidas –na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anuladas– equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória¹³.

523

Esse é o cerne do debate envolvendo Hans Kelsen e Carl Schmitt¹⁴, pois este tinha por base que a Constituição não deveria ser controlada por um órgão composto de juízes, mas por quem detivesse o poder de dar a última palavra em termos políticos, que seria o rei, que estava acima da luta partidária, ou quem lhe fizesse as vezes, como no caso da Alemanha,

12 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão por Alexandre Krug, do francês por Maria Ermantina Galvão e do italiano por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131-132.

13 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão por Alexandre Krug, do francês por Maria Ermantina Galvão e do italiano por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 179.

14 Nesse sentido, ver: BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne (orgs.). *Teoria da Constituição* - Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 85 e ss.

o *Reich*, o Chefe de Estado (Presidente) da república parlamentarista alemã. O debate entre os autores é entre duas posições antagônicas, pois, para Kelsen, a Constituição é um texto jurídico superior ao da legislação, e deve ser preservada em seu sentido jurídico, pois se encontra no ápice da construção do Estado e do Direito, enquanto, para Schmitt, é o político que deve prevalecer sobre o jurídico, pois a Constituição é um documento político e, como tal, deve ser controlada dessa forma, e não de maneira técnico-jurídica. Diz Schmitt que, “por isso, em lugar de um Tribunal com sua aparência de formas judiciais, decide com mais dignidade uma instância política, algo assim como um Senado [...] Se não, existe o perigo de que, em lugar de levar o Direito à política, se leve a política à justiça, subtraindo sua autoridade”¹⁵.

Para Schmitt,

O Estado de Direito, em que pese toda sua juridicidade e normatividade, segue sendo um *Estado*, e contém sempre um outro elemento especificamente político, além do elemento específico do Estado de Direito [...] Por isso, não há nenhuma Constituição que seja, puramente e sem resíduo, um sistema de normas jurídicas para proteção do indivíduo frente ao Estado. O político não pode separar-se do Estado – unidade política de um povo; despolitizar o direito político não é outra coisa que “desestatizar” o direito político.

E, citando F. Stahl, conclui que o Estado de Direito “não significa finalidade e conteúdo do Estado, mas só o modo e caráter de sua realização”¹⁶.

A crítica de um autor ao outro tem bastante pertinência, pois, se, de um lado, Kelsen releva extremado formalismo, de outro lado, Schmitt radicaliza no aspecto político transformando o direito em um epifenômeno político. As duas consequências são nefastas, pois, adotada de forma

15 SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2015. p. 175.

16 Idem, p. 182.

radical a posição kelseniana, tudo que adentrasse na Constituição, pela via normativa estabelecida, poderia se transformar em direito constitucional, contrariando a substantividade dos direitos, em especial dos direitos fundamentais. A posição de Schmitt, levada às últimas consequências, como ocorreu na Alemanha durante o período nazista, fez surgir um Estado totalitário, sem controle jurídico, pois a última palavra sobre os direitos constitucionais seria do âmbito político, do Chefe de Estado (o Presidente da República)¹⁷.

Lorenzo Córdova Vianello aponta para a posição ocupada pelo povo em cada uma dessas visões:

Para Schmitt, a democracia é o governo do povo, entendido como um todo orgânico e homogêneo, como uma nação que toma consciência de sua própria existência mediante sua contraposição com outras nações. Para Kelsen, o conceito orgânico de povo é uma ficção, detrás da qual se esconde uma realidade social constituída por uma pluralidade de sujeitos aos quais se pede que expressem de maneira individual sua vontade através do voto.

525

Bercovici esclarece que essa concentração de poder na figura do Presidente da República alemão teria por fato que este teria “estabilidade e permanência relativas (mandato de sete anos, independência de eleições parlamentares) e suas atribuições tinham, segundo Schmitt, o objetivo de criar uma instituição neutra, protetora e garantidora do sistema constitucional e de seu funcionamento em caso de necessidade”¹⁸. A lógica, ao que tudo indica, era afastar a guarda dos preceitos constitucionais tanto do formalismo exacerbado kelseniano, quanto das maiorias parlamentares, eleitas de forma proporcional e vinculadas a partidos políticos. Desse

17 VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y Poder* - Kelsen e Schmitt frente a frente. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. p. 261.

18 BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 198, jan.-jun. 2003. Ver também: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente* - Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

modo, em uma figura aparentemente *neutra* nesse jogo político-partidário, os direitos e garantias estipulados na Constituição estariam mais bem guardados.

Recorde-se, contudo, como faz Bercovici, que o Estado total de Schmitt foi uma forma de “descartar o liberalismo político, mas não o liberalismo econômico”, pois o modelo econômico preconizado por ele buscava reforçar o capital, liberando-o do Estado Social; era uma teoria da decisão contra o *status quo* político-jurídico, mas a favor do *status quo* econômico¹⁹.

Encontrar a exata medida entre essas duas posições antagônicas faz parte da trilha da humanidade, que, em grande parte, adotou o sistema de preeminência dos direitos constitucionalizados, em especial dos direitos fundamentais, embora muita matéria não propriamente constitucional adentre nas Cartas de vários países sem esse sentido de jusfundamentalidade, tendo por exemplo o que ocorre na Constituição brasileira de 1988. Esse aspecto não escapou da análise de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, quando mencionam seu conceito jurídico de Constituição: “Organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, *sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional*”²⁰.

Nesse sentido, deve-se observar a recomendação exposta por Gilberto Bercovici, de que o problema em si não é quem guarda a Constituição, mas quem, de guardião, se transforma em dono dela²¹. Afinal, a

19 BERCOVICI, Gilberto. A atuação do Estado brasileiro no domínio econômico. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (orgs.). *República, democracia e desenvolvimento* - contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: IPEA, 2013. p. 634.

20 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 34. Grifos apostos.

21 BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 198, jan.-jun. 2003.

Constituição, como documento superior de organização política de um país, deve ser protegida do Poder Legislativo, uma vez que, quanto mais amplo for o âmbito constitucional, menor será o âmbito legislativo.

O controle da forma de produção normativa, e do conteúdo dessas normas, pode ocorrer de diversas formas, pelo sistema de jurisdição constitucional que cada ordenamento jurídico consagrar, tomando-se por base dois grandes grupos: o sistema continental europeu, de controle concentrado de constitucionalidade das leis, com Tribunais específicos para esse exercício, ou o sistema norte-americano, de controle difuso de constitucionalidade²². Existem ainda sistemas mistos, como o brasileiro, também denominado *plural*, no qual diferentes órgãos judiciais concorrem para o exercício do controle de constitucionalidade das leis²³.

06. Adotados dois níveis distintos de legalidade, a superior, que se insere no âmbito constitucional, e a que se constitui a partir dessa estrutura para compor a legislação ordinária propriamente dita, é necessário ter redobrada cautela com o mecanismo de controle desse sistema, fazendo-o

22 “A maior diferença entre as Constituições americana e austríaca diz respeito ao processo pelo qual uma lei é declarada inconstitucional pelo órgão competente. De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão jurídica da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial” (KELSEN, Hans. *O controle de constitucionalidade* - um estudo comparado das Constituições austríaca e americana (texto originalmente publicado em maio de 1942). KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão por Alexandre Krug, do francês por Maria Ermantina Galvão e do italiano por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Para a data e local, ver p. 118; para os debates, ver p. 311-312).

23 Para esse assunto, dentre várias outras obras de qualidade, ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Ver também, com foco específico em matéria tributária, SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Moreira. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005; e também SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 50, p. 20-41, São Paulo: Dialética, maio 2007.

de forma equilibrada, de modo a impedir que haja predominância do poder político sobre o jurídico, e vice-versa.

O poder político tende às paixões ocasionais, e muda de posição de acordo com a conjuntura social, política ou econômica. As estruturas jurídicas consolidadas na Constituição não podem ficar ao sabor dessas paixões ocasionais. Existem para dar segurança jurídica à sociedade e não podem ser modificadas em sua essência, pelo jogo das paixões políticas de plantão.

Por outro lado, não se pode deixar a forma jurídica predominar sobre as situações vivenciadas pela sociedade em sua dinâmica, pois pode ocorrer de os interesses e as metas a serem alcançadas se modificarem ao longo do tempo. Apenas para exemplificar em uma situação limite, pode-se imaginar como ficaria uma meta de erradicação do analfabetismo, como a que consta do art. 214, I, da Constituição brasileira. Se e quando vier a ser alcançada, tornar-se-á letra morta e deverá permanecer no texto constitucional, vinculando recursos financeiros de toda a sociedade para tal mister, na forma do art. 212?

528

Por certo, e infelizmente, a sociedade brasileira está longe de alcançar tal meta educacional, mas o exemplo demonstra o necessário equilíbrio que deve haver entre a formalização jurídica e a dinâmica política de uma sociedade, e o sentido de controle de constitucionalidade.

07. Aqui se coloca como fundamental a análise da Constituição como um produto social, com força jurídica, construída a partir das aspirações da sociedade, e não como um produto imposto, outorgado à sociedade. É nesse sentido que se afastam dessa condição textos constitucionais brasileiros como o de 1824, promulgado pelo Imperador Pedro I após o fechamento da Assembleia Constituinte por ele convocada²⁴, ou a

24 Bonavides registra que a convocação da Assembleia Geral Constituinte, em junho de 1822, foi um fator decisivo para o quadro separatista entre Brasil e Portugal. “Lisboa sentiu naquele momento que sua colônia lhe tinha fugido ao controle”, afirma. “Em que pese o universo de escolha extremamente restrito em que foram eleitos os deputados, (a Constituinte) viu o liberalismo que a impregnava colidir com o autoritarismo do Monarca”, que a dissolveu, e incumbiu a um Conselho de Estado, que entregou uma

Constituição de 1937, imposta pelo golpe desfechado por Getúlio Vargas e sustentáculo de um regime ditatorial²⁵, ou, ainda, a de 1967, cuja promulgação foi um embuste, em razão da vigência de um regime autoritário militar desde 1964²⁶, que governava através de atos de exceção. Não há como fazer efetivo controle de constitucionalidade, embasado em direitos fundamentais, durante regimes de exceção.

proposta em 23 de dezembro de 1823, que em março do ano seguinte se tornou a Constituição imperial de 1824 (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002. p. 99-100).

- 25 Em 10 de novembro de 1937 Getúlio Vargas dissolveu o Congresso e extinguiu os partidos políticos. Nesse ano foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda - DIP, nitidamente inspirado no seu similar nazista, que se encarregou de criar para o ditador a imagem de “pai dos pobres”, que, inclusive, sobreviveu à queda do regime. Silenciada a oposição e dominados os sindicatos, Getúlio Vargas encontrava-se dono do governo do Brasil. Ver a obra *Presidentes do Brasil*, organizada por Fábio Koifman e o Departamento de Pesquisa da Universidade Estácio de Sá. São Paulo: Cultura, 2002. p. 331 e ss. Para Bonavides, embora não se possa afirmar que a Carta de 1937 se caracterize como uma Constituição apenas “nominal”, pode-se afirmar que simplesmente não foi aplicada. É interessante a análise feita por Bonavides acerca da projeção histórica dessa Constituição: “O que torna possível a proximidades de momentos tão diversos da história brasileira, como o foram o Estado Novo e o movimento de 64? E a resposta deve ser encontrada no fato de que a Constituição de 37 foi o germe (o Estado Novo foi sua realização) de Constituições autoritárias e a justificação teórica das ditaduras posteriores. [...] Em suma: na completa ausência do legislativo (ele nunca foi convocado), esse poder transferiu-se para as mãos da tecnoburocracia, que o exercia na realidade. Mais uma vez, uma conjunção que nos é familiar: autoritarismo e tecnocracia” (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2002. p. 338-339).

- 26 No dia 2 de abril de 1964, com o Presidente João Goulart ainda no país, o Congresso Nacional declarou vago o cargo e nomeou o Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli, como Presidente da República, após uma quartelada ocorrida no dia anterior, entre os Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro. No dia 9 de abril foi promulgado o Ato Institucional 1, em cujo preâmbulo se lê: “A Revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação”. No dia 15 o general Castelo Branco foi eleito pelo Congresso e tomou posse na Presidência, tendo dito em seu discurso que “meu procedimento será o de um Chefe de Estado, sem tergiversações, no processo para a eleição de um brasileiro a quem entregarei o cargo 31 de janeiro de 1966” (*Presidentes do Brasil*, organizada por Fábio Koifman e o Departamento de Pesquisa da Universidade Estácio de Sá. São Paulo: Cultura, 2002, ver a biografia dos Presidentes citados, p. 537-609). O fato é que os brasileiros só voltaram a votar para Presidente da República em 1989, quando foi eleito Fernando Collor de Mello.

A Constituição de 1988, a despeito de a Assembleia Nacional Constituinte conter várias imperfeições, deve constar do rol das Constituições brasileiras elaboradas de forma democrática, em face da amplitude dos trabalhos constituintes desenvolvidos e do amplo leque de liberdades existentes durante seu funcionamento²⁷. Pode-se até não concordar com algumas normas que nela estão contidas, mas não se pode negar que ela constituiu um sistema de liberdades e isonomia amplamente gozadas pela sociedade após 1988.

O precípua guardião da Constituição brasileira é o Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*), embora também seja de competência comum aos entes federados o dever de zelar por sua guarda (art. 23, I). Deverão ser afastadas do ordenamento jurídico as normas jurídicas elaboradas em desconformidade com os ditames constitucionais, ou que buscarem objetivos ou tiverem por fundamento pretensões diversas das previstas na Constituição. Além das normas, também os atos praticados em desconformidade com a Constituição também devem ser fulminados com o epíteto de inconstitucionais.

530

O sistema brasileiro permite que qualquer Tribunal declare a inconstitucionalidade de uma lei (art. 97, CF), o que é conhecido por controle difuso de constitucionalidade, e se assemelha ao modelo norte-americano. Porém, diversamente daquele, há também no Brasil o controle direto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que pode ocorrer através do manejo de diversas ações, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF, art. 102, I, “a” e também o §1º) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO. Pode, ainda, o Supremo Tribunal Federal

27 Para esse assunto, dentre vários outros, ver: SCAFF, Fernando Facury. A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 259-304. Esse artigo também foi publicado em língua italiana: SCAFF, Fernando Facury. La Costituzione economica brasiliana nei suoi primi dieci anni. In: CASSETTI, Luisa; LANDA, César (org.). *Governo dell'economia e federalismi: l'esperienza sudamericana*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 87-140.

estabelecer Súmulas Vinculantes, por meio das quais unifica o entendimento jurisprudencial acerca de determinada matéria, vinculando todo o Poder Judiciário e a administração pública de todos os níveis federativos (art. 103-A).

08. A convivência entre esses dois sistemas no Brasil ampliou as situações de divergência jurisprudencial na interpretação da Constituição, propiciando que o STF, decidisse de modo distinto de outros tribunais sobre a constitucionalidade de uma mesma lei.

Na busca de solucionar esses problemas, passou-se a atribuir efeito vinculante às decisões do STF. Essa técnica ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a criação da ADC - Ações Declaratórias de Constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993, cujas “decisões definitivas de mérito” teriam efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Embora o STF não tenha chegado até hoje a um consenso sobre o significado do efeito vinculante, desde o julgamento da ADC nº 1 o Tribunal definiu que haveria uma importante consequência processual nessas decisões: caso elas não fossem observadas pelos órgãos judiciais ou administrativos, caberia à parte prejudicada apresentar uma reclamação ao STF para preservar a autoridade de sua decisão. Assim, o instituto da reclamação constitucional, previsto no art. 102, I, passou a conferir ao STF competência para cassar as decisões judiciais e administrativas contrárias a sua jurisprudência dotada de efeito vinculante.

531

Apesar de seu escopo inicial ser bastante limitado, o efeito vinculante se expandiu para várias outras decisões do STF na via direta de controle de constitucionalidade, por força das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99. O Tribunal recusou todas as alegações de inconstitucionalidade dessas normas, embora, até hoje, a Constituição atribua efeito vinculante somente às decisões definitivas de mérito em ADI e ADC, conforme a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

09. A lógica dessas mudanças indicaria um predomínio do controle concentrado sobre o difuso no Brasil, tendo em vista que o efeito vinculante limitaria a possibilidade de exercício do controle de

constitucionalidade pelos demais órgãos judiciais. Essa tendência à monopolização, contudo, não se completou, por diferentes razões. No caso da ADC, esse instrumento foi pouco utilizado, contando-se somente sessenta ações declaratórias de constitucionalidade ajuizadas até dezembro de 2018. Nesse conjunto de ações, apenas 14 delas foram julgadas procedentes, baixo número que não autoriza a considerar que o uso da ADC provoque uma mudança de qualidade no sistema.

Por outro lado, mesmo quando o STF declara a constitucionalidade de uma lei, seja ao julgar improcedente a ADI, seja ao julgar procedente a ADC, o Alto Tribunal admite que essa lei possa continuar sendo objeto de controle e deixe de ser aplicada a casos concretos. A confirmação dessa tese ocorreu com o julgamento da Reclamação nº 4.374, em abril de 2013, na qual o STF reconheceu que uma norma declarada constitucional fosse posteriormente declarada inconstitucional. Em outras situações, mesmo que o STF mantenha a constitucionalidade da norma, ele admite fazer distinções em situações particulares, tal como no julgamento das Reclamações nºs 11.327 e 12.642.

532

Assim, a prática do efeito vinculante demonstra que, ao julgar as reclamações fundadas em possível descumprimento de suas decisões que declaram a constitucionalidade de leis, o STF pode vir a ratificar o caráter plural do controle de constitucionalidade no Brasil, reconhecendo a manutenção da concorrência da via incidental com a via direta sobre a mesma disposição, caso haja novos argumentos a serem apresentados de acordo com as circunstâncias do caso. Ainda que o ato normativo não seja julgado, pela via direta, incompatível com a Constituição, sua aplicação pode gerar situações inconstitucionais não previstas pelo STF e demandar que a lei não seja aplicada à espécie.

Portanto, o efeito vinculante não significa que os demais órgãos judiciais estejam impedidos de reapreciar a constitucionalidade de uma norma no caso concreto e deixar de aplicá-la, mas sim que eles devem apresentar argumentos que justifiquem seu afastamento do precedente, os quais, muitas vezes, se baseiam na proteção de direitos fundamentais.

5. Conclusões

10. No Brasil, a jurisdição constitucional é um dos principais elementos assecuratórios dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da concretização do sistema de controle republicano. Seja pela via difusa, seja pela via concentrada, o Poder Judiciário alçou-se em instrumento central para a preservação da ordem constitucional pós-1988.

Apesar dos méritos desse sistema, observa-se que ele torna o Supremo Tribunal Federal um dos órgãos mais poderosos no âmbito da jurisdição constitucional de todo o mundo. Luiz Alberto David Araujo aponta uma paulatina ampliação do poder discricionário do STF, em especial após a Lei 9.869/99, que trouxe para o sistema de controle de constitucionalidade ampliação das subjetividades, pois “se utiliza em diversas passagens, a expressão ‘poderá’, deixando de lado o ‘deverá’ [...] criado a capacidade de escolha da Corte Suprema, no controle concentrado de constitucionalidade, ou do Ministro Relator. A expressão constante é ‘poderá’, trazendo um elevado grau de subjetividade”. E finaliza apontando para o déficit de controle social na escolha dos Ministros do STF, pois “o sistema, portanto, evoluiu quando entregou subjetividade às decisões do Pretório Excelso. Mas deixou de atentar para o controle social do processo de escolha de tais Ministros. Andar apenas por um caminho, sem cuidar de legitimar os agentes de decisão do controle de constitucionalidade é evoluir sem o respaldo social necessário à legitimação das decisões”²⁸.

533

Demonstra-se, assim, como a necessidade do controle republicano permeia toda a ordem constitucional e demanda uma constante revisão do modo de funcionamento de suas instituições.

28 ARAUJO, Luiz Alberto David de. Da ingênua objetividade do conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade para o juízo subjetivo e inseguro da arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma tentativa de apresentação crítica da evolução do sistema de controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (orgs.). Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 163-173. O trecho transcrito encontra-se na p. 173.

III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS DESAFÍOS

Gestación por sustitución

La dignidad humana en juego*

✍ ANTONIO ARROYO GIL**

1. Consideraciones preliminares

Antes de acometer de frente la cuestión de fondo a la que se tratará de dar respuesta en el presente trabajo, a saber, si cabría aceptar en España, de conformidad con el ordenamiento jurídico-constitucional vigente, la validez de un contrato como el de gestación por sustitución, diseñado de tal modo que quede garantizada la libertad de la mujer que toma la decisión de gestar para un tercero(s), lo que podría constituir condición suficiente para preservar asimismo su dignidad¹, conviene que detengamos previamente la atención en algunas consideraciones que nos permitan contextualizar de manera suficiente de qué

537

* El presente trabajo trae causa de sendas ponencias impartidas en las Universidades de Pisa y Complutense de Madrid, en enero y mayo de 2018, respectivamente. La primera de ellas tuvo lugar en el marco del prestigioso *Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti* “Alessandro Pizzorusso”, al que fui amablemente invitado por su director, el prof. Roberto Romboli. De aquel encuentro, así como de otros ulteriores, conservo el recuerdo imborrable que deja todo gran maestro, sobre todo, cuando, como es el caso, la sabiduría va de la mano de la bonhomía y la exquisita educación.

** Profesor Ayudante Doctor (acr. Titular) de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

1 Tal y como ha sido defendido desde determinados sectores políticos (el partido Ciudadanos, que el 27 de abril de 2017, en la XII legislatura, presentó una “Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación”) y sociales (entre otras, la asociación Son Nuestros Hijos, la Asociación por la Gestación Subrogada en España, o la Agencia Española de Gestación Subrogada), con el aval de un relevante sector doctrinal (PRESNO y JIMÉNEZ: 2014; ATIENZA: 2015; Vela: 2015; MATIA: 2019; etc.).

estamos realmente hablando cuando hablamos de gestación por sustitución². A ello se dedicarán, siquiera sea de manera meramente enunciativa, pues no hay espacio para un mayor detenimiento, los próximos epígrafes.

1.1. La difícil determinación de un concepto

En primer lugar, quizás convenga una aclaración terminológica. Bajo la expresión “gestación por sustitución” cabe entender aquella práctica, que en determinados países se encuentra legalizada por medio de contrato, en virtud de la cual una mujer se ofrece a gestar, con o sin aportación de su óvulo, para una persona individual (hombre o mujer) o una pareja (de distinto o del mismo sexo), conocidas como comitente/s, que puede/n aportar asimismo su/s gameto/s (o no), generalmente a cambio de una contraprestación económica, o, al menos, de una compensación del mismo tipo, por las “molestias” y “gastos” que ello conlleva, y muy excepcionalmente de manera completamente altruista, a resultas de la cual dicha/s persona/s (comitente/s) acabará/n ostentando la paternidad y/o maternidad del recién nacido (VILAR: 2018, 30; GÓMEZ SÁNCHEZ: 1994, 136).

538

Para hacer referencia a esta práctica contractual se han empleado diversos términos, a través de los cuales se manifiesta la conocida escasa inocencia o neutralidad (en el uso) del lenguaje: “gestación por sustitución”, “gestación subrogada”, “úteros o vientres de alquiler”, “gestación para otro/s”, etc. Quizás el que describa de manera más neutra la operación sea este último (SALAZAR: 2020, n. p. 2), pues, en efecto, el contenido principal de dicho contrato consiste exactamente en eso, en acordar la gestación de un bebé para otra/s persona/s que acabará/n ostentando la maternidad y/o paternidad del mismo, más allá de los muchos interrogantes que después haya que responder sobre la controvertida configuración y alcance del referido contrato.

2 Javier Matia realiza un interesante resumen del (agrio, muchas veces) debate social y político sobre la gestación por sustitución, en el que pone de relieve cuáles son los principales argumentos de los llamados “abolicionistas” y de los “defensores” de esta práctica (MATIA: 2019, 86 ss.).

No obstante, lo cierto es que el término que ha acabado generalizándose, al menos en España, es el de “gestación por sustitución” (Farnós: 2015, 30), porque es el que emplea la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en cuyo artículo 10, bajo este mismo título (“Gestación por sustitución”), se declara la nulidad de pleno derecho del referido contrato, en los términos siguientes:

- “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

539

Por ese motivo, en el presente trabajo se hará referencia a ambos términos (“gestación para otro/s” y “gestación por sustitución”) de manera indistinta, evitando otros cuya carga axiológica (peyorativa, por lo común) parece mayor (LAMM: 2013).

1.2. La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción humana asistida

Acto seguido interesa destacar que, si nos centramos en el caso español, que es el que va a ser aquí objeto principal de análisis, sin perjuicio de que también sea preciso, llegado el caso, hacer alguna referencia de carácter comparado, más allá de lo previsto en la citada LTRHA, esto es, que dicho contrato es nulo de pleno derecho³, quizás lo primero que con-

3 Sobre si dicha nulidad del contrato de gestación por sustitución conlleva también una prohibición de celebración de los mismos, dadas las consecuencias sancionatorias de carácter penal (arts. 220.2 y 221.1 y 2 CPI) y administrativo que su práctica tiene en España, ha habido una ardua discusión entre la doctrina científica. Así, mientras autores como Susana Quicios eran de esa opinión (QUICIOS: 2019, 7 ss.), para otra parte de la doctrina científica, destacadamente Manuel Atienza, no cabe equiparar nulidad de pleno

venga aclarar es que, en realidad, la gestación por sustitución no es una técnica de reproducción humana asistida (Valero: 2019, 425; Marrades: 2017, 231), equiparable a la fecundación *in vitro*, aunque desde determinados sectores se intente presentar así, porque aquí no es la mujer que desea ser madre la que se somete a un determinado tratamiento tendente a posibilitar su embarazo y ulterior maternidad, sino que, por el contrario, es un tercero, la mujer gestante, la que actúa como “mediadora” de la maternidad o paternidad de un tercero (mujer u hombre individual, o pareja, de distinto o del mismo sexo). Desde ese punto de vista, no parece, lógicamente, correcto concebir dicha práctica (acuerdo o contrato) como una técnica de reproducción humana asistida. Más bien nos encontramos ante un supuesto en el que intervienen diferentes personas, una/s con su deseo de ser madre/s y/o padre/s (los llamados comitentes), y otra con sus derechos constitucionalmente garantizados (la mujer gestante). De ahí que, con razón, se haya señalado que la gestación por sustitución es “un asunto de derechos fundamentales” (VALERO: 2019).

1.3. La tensión entre los derechos y los deseos

Deseos y derechos, por consiguiente, andan en juego (Salazar: 2018). Ni qué decir tiene, que, como es natural, son estos últimos (los derechos de la mujer gestante) los primeros que ha de preservar el ordenamiento jurídico⁴; y solo cuando ello esté plenamente garantizado (si es que puede llegar a estarlo), el poder público se podrá plantear la conveniencia de posibilitar a través de esta vía la satisfacción de aquellos deseos (de la/s mujer/es y/o del/de los hombre/s que desean ser madre/s y/o padre/s).

derecho con prohibición: “la gestación por sustitución no está prohibida en nuestros Derecho; (...) esa práctica no contradice ningún principio moral racionalmente justificado ni tampoco los valores y principios de la Constitución española, de manera que no podría entenderse que fuera en contra del orden público español” (ATIENZA: 2006; y 2015).

4 Resulta, a tal efecto, muy oportuna la observación de Octavio Salazar acerca de la necesidad de que el debate sobre la gestación para otro/s “ha de situarse en una ‘fase’ previa a la existencia misma del menor, por lo que entiendo que los argumentos esenciales son los que tienen en cuenta los derechos de la gestante, aunque es evidente que posteriormente el contrato tendrá determinados efectos en el niño o niña que nazca” (SALAZAR: 2020, 8).

Es importante tener en cuenta este punto de partida, porque es más que discutible, en efecto, que la libertad reproductiva, tal y como ha sido entendida por el Tribunal Constitucional (TC) español, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se pueda identificar con el llamado “derecho a tener hijos” (o a procrear), del que quepa derivar directamente la necesidad u obligación del Estado de permitir y regular los contratos de gestación por sustitución (DÍAZ CREGO: 2020; SIMÓN: 2020, 17; VALERO: 2019, 426)⁵. Más bien, nos encontramos, como se señalaba con anterioridad, en presencia de un mero deseo –o interés– individual, por más legítimo que sea, cuya conversión en derecho quedaría, entonces, a la libre decisión del legislador⁶, siempre y cuando quede despejada la duda primera y primordial: la compatibilidad de tal eventual reconocimiento con el propio orden constitucional (del que el orden público forma parte).

Más en concreto, lo que habría que comprobar es si dicho contrato de gestación por sustitución se podría configurar de tal forma que resultase plenamente respetuoso con la libertad y dignidad de la mujer gestante, o, de manera más específica, con todos los derechos que a la misma reconoce y garantiza ya el ordenamiento jurídico-constitucional.

5 No es esa la opinión de Antonio J. Vela, para quien la gestación por sustitución favorece la maternidad y/o paternidad “como reflejo del derecho fundamental a la procreación y a la constitución de una familia” (VELA: 2015, 128). Sin embargo, no se puede confundir el derecho a acudir a las técnicas de reproducción humana asistida que el legislador español ha regulado por entenderlas conformes con el orden constitucional, con el deseo de que también se considere así una práctica que, como hemos visto, no cabe encuadrar entre dichas técnicas reproductivas, y que, además, resulta difícilmente compatible, por no decir directamente incompatible, con nuestro orden público, como veremos más adelante.

6 Es eso lo que explica que el Tribunal Constitucional español haya considerado la libertad reproductiva como una manifestación de la autonomía de la voluntad, y no como un derecho fundamental autónomo, que solo será invocable ante la jurisdicción ordinaria “según su particular configuración legal” (ATC40/2017, de 28 de febrero -FJ 5). Y en la misma línea, el TEDH, si bien ha reconocido en el ámbito del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH el respeto a la decisión de ser padre/madre, en tanto que protección de la identidad individual y la autonomía personal (STEDH *Evans c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007), y la consiguiente obligación de los Estados parte de actuar normativamente en consecuencia, proporcionando tal protección (STEDH *V. C. c. Eslovaquia*, de 8 de noviembre de 2011), en ningún caso ha entendido que de ahí quepa derivar una obligación para aquellos de legalizar la gestación por sustitución (DÍAZ CREGO: 2020, 16).

Y ello sin perjuicio, claro está, de que, en caso de acabar aceptándose la regulación de esta práctica su contenido deba también garantizar, con carácter prioritario, los superiores intereses del menor.

1.4. La mutación del concepto de maternidad

La gestación para otro/s, de admitirse, conllevaría un cambio radical en el concepto de maternidad, que ya no quedaría necesariamente determinada por razón del parto (*mater semper certa est*), tal y como sucede en la vigente legislación española, y en la de otros muchos Estados en los que esta práctica está también prohibida, o es nula de pleno derecho, como es el caso de Francia, Alemania o Italia (VILAR: 2019, 817). A partir de su reconocimiento cabría diferenciar entre maternidad gestacional (por gestar al futuro hijo), maternidad genética (por la aportación de gametos femeninos) y maternidad jurídica (por la atribución de la función jurídico-social de madre), pudiéndose atribuir estas funciones a diferentes mujeres, lo que obligaría a determinar qué maternidad prevalece a la hora de establecer la filiación (LAMM: 2013, 31; FARNÓS: 2015, 9)⁷.

542

1.5. La naturaleza mercantil del contrato de gestación por sustitución

La gestación para otro/s tiene una clara base contractual, que se asemeja mucho al contrato de compraventa, en tanto que supone, en la mayor parte de los lugares en donde tal práctica es aceptada, la gestación, parto y entrega del niño nacido, normalmente, a cambio de una contraprestación económica (o, en su caso, de una compensación del mismo tipo por los “perjuicios” o “molestias” causados por el embarazo y el parto). También se ha equiparado al contrato de obra, en tanto que el

⁷ Según Silvia Vilar, “la filiación ya no constituye únicamente un vínculo individual entre el niño y cada uno de sus progenitores, sino que, al mismo tiempo, circunscribe al menor en una familia y en un cierto orden social, por lo que el Derecho debería posibilitar, frente a la verdad biológica, configurar jurídicamente la voluntad como vínculo que otorgue efectos relacionados con el parentesco –al igual que sucede en los supuestos de adopción–, excluyendo el principio de indisponibilidad que suele regir en esta materia” (VILAR: 2019, 818).

resultado que se busca es el hijo que se encarga mediante un previo acuerdo, generalmente económico (DÍAZ ROMERO: 2010, 1).

Tanto en un caso como en otro, la gestación por sustitución supone la introducción en el tráfico comercial de funciones genuinamente humanas —en este caso, solo de las mujeres (la capacidad de gestar)— e, incluso, de seres humanos (en formación). Por lo que se refiere a las primeras, no parece convincente el intento de desgajar la función (la gestación propiamente dicha) de la persona (la mujer que gesta), como si de la realización de un mero trabajo autónomo se tratara (SALAZAR: 2020, 12). Y por lo que afecta a los segundos, los argumentos a su favor deberían ser válidos para justificar por qué no se debería legalizar también la compraventa de niños ya nacidos, pues, salvando las distancias, tanto en una operación como en otra lo que, en último término, se cuestiona es si un ser humano (en formación o ya nacido) puede ser objeto de un contrato en el que a cambio de una contraprestación (o compensación) económica se determina a quién corresponde su maternidad y/o paternidad (con todas las demás garantías añadidas que se quiera).

543

2. Dignidad humana *versus* autonomía de la voluntad

Se ha defendido que las objeciones formuladas con anterioridad se salvarían, en buena medida, si en los contratos de gestación para otro/s no hubiese intercambio económico alguno⁸ (cosa que, dicho sea de paso, no sucede, salvo de manera absolutamente excepcional, en aquellos países en que dicha práctica se encuentra legalizada). Sin embargo, no parece que la cuestión sea tan sencilla, pues incluso aceptando dicha posibilidad (puro altruismo en sentido estricto), la gran cuestión de fondo quedaría pendiente de respuesta, a saber: si el contrato de gestación por sustitución, por su propia naturaleza, es conforme, o no, con la dignidad humana (de la mujer gestante).

8 El profesor Matia se manifiesta a favor de una posición intermedia entre quienes defiende la libertad contractual plena para convenir el precio y el puro altruismo (MATIA: 2019, 116).

Quienes están a favor de la legalización de la gestación por sustitución defienden, como principal argumento, que cada mujer ha de ser libre para decidir si quiere, o no, gestar un niño para otra persona. Por resumirlo brevemente: para los partidarios de la legalización de esta práctica, sería una cuestión de “autonomía de la voluntad”, de forma que la prohibición de la misma –se llega a decir– sería lo que, en realidad, atentaría contra la dignidad de la mujer (gestante), en la medida en que se le privaría de su capacidad de autodeterminación personal (LAMM: 2013; ATIENZA: 2015; VELA: 2015; VILAR: 2018; DE LORA: 2018). Dicho de otro modo, si el Estado prohibiese tal práctica estaría adoptando un rol paternalista que resultaría contrario a la dignidad de la mujer (PRESNO y JIMÉNEZ: 2014, 9 ss.), en la medida en que se negaría a esta su capacidad de decidir sobre qué hacer con su propio cuerpo (o con las funciones biológicas que este es capaz de desarrollar; en este caso, la capacidad de gestar). Un argumento, por cierto, que, como recuerdan estos autores, en otras ocasiones ha sido esgrimido, en sentido contrario, para defender el reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Sin entrar en las radicales diferencias que existen entre ambas cuestiones (gestación por sustitución y aborto), este argumento (el de la autonomía de la voluntad), justo es reconocerlo, tiene un gran peso, ya que, en el fondo, su defensa no es sino una manifestación de la defensa de la libertad personal o del libre desarrollo de la personalidad, cualidades inherentes a una persona, que jurídico-constitucionalmente gozan de una gran protección en nuestro ordenamiento (como valores o principios: arts. 1 y 10.1 CE). Sin embargo, tampoco se puede ignorar que pese a esa protección constitucional, la autonomía de la voluntad ni es un derecho fundamental ni tiene, como es lógico, un carácter ilimitado o absoluto. En un Estado democrático de Derecho, como lo es el español, el poder público puede imponer límites a esa autonomía de la voluntad. Límites que vendrán determinados por el respeto, en primerísimo lugar, a los derechos fundamentales y libertades públicas, así como a otros bienes constitucionalmente protegidos. De hecho, esa es una de las funciones principales del Derecho: poner límites a la autonomía de la voluntad de cada individuo mediante el establecimiento de normas de conducta y prohibitivas que no son sino el reflejo de los valores, principios y derechos

que el propio ordenamiento jurídico reconoce y garantiza, como modo de preservar, entre otras cosas, la paz social y la dignidad humana. En tal sentido cabe entender el contenido del art. 1255 Código civil cuando dispone que “[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Entre esos valores, principios y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y protegidos, se encuentran, en efecto, la “dignidad de la persona” y los “derechos individuales que le son inherentes” (art. 10.1 CE), punto del que debe partir toda reflexión sobre la gestación para otro/s (BALAGUER: 2017, 29 ss.). De acuerdo con esta fórmula, cabe entender, en buena lógica, que ningún derecho puede contradecir la dignidad humana; antes bien, todos ellos son una proyección de ese “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/1985, de 11 de abril), constituyendo, por tanto, manifestaciones concretas de su contenido, cuya limitación no podrá conllevar ningún “menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 120/1990, de 27 de junio). Así sucede, indudablemente, con los derechos fundamentales, y así debe de suceder, con más razón, con los demás derechos que el legislador, estatal o autonómico, reconozca, como proyección directa y derivada, respectivamente, de dicha dignidad, y a cuya luz unos y otros han de ser interpretados (GÓMEZ SÁNCHEZ: 2005, 226).

545

La diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos legales es, valga la redundancia, fundamental, pues mientras que no cabe duda alguna de que los primeros no contradicen la dignidad humana, sino que, por el contrario, la dotan de contenido concreto, en el caso de los segundos, sin embargo, sí puede existir esa duda, de ahí que haya que contrastar exhaustivamente el contenido del derecho legal que se quiera reconocer con el contenido constitucional de la dignidad humana.

Sobre lo que sea la dignidad humana, más allá de su reflejo en los derechos fundamentales y demás bienes constitucionalmente reconocidos, se ha debatido largo y tendido, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo generalmente aceptado (CHUECA: 2015, 25 ss.; VERONESI: 2015, 123 ss.; ELVIRA: 2015, 199). No obstante, sí suele admitirse –al

menos, desde Kant, con la segunda formulación del imperativo categórico— que una de las manifestaciones de esa dignidad humana pasa por tratar a toda persona como un fin en sí mismo, y no *solamente* como un mero medio o instrumento para conseguir otro fin (ATIENZA: 2015). Lo que cabría predicar no solo de terceros sino también de la propia persona, que en ejercicio de su libertad no podría, por ejemplo, renunciar voluntariamente a esta convirtiéndose en esclavo de otra persona (MARRADES: 2017, 234).

De igual modo, tampoco sería conforme a la dignidad humana la cosificación de una persona (o —cabría añadir— de sus funciones más genuinamente humanas, como lo es, en el caso de las mujeres, la capacidad de gestar), lo que, entre otras cosas, repugnaría la idea de introducir a esa persona (o sus funciones) en el tráfico comercial como objeto de un contrato, siquiera fuese gratuitamente, en tanto que se trataría de *res extra commercium*, tal y como en el ordenamiento jurídico español prevé el art. 1271 Código civil (VALERO: 2019, 427).

546

En esta línea, el TC español expresamente ha señalado que el respeto a la dignidad humana conlleva la prohibición de instrumentalizar o patrimonializar a una persona (STC 53/1985), o considerarla como un objeto de mercado (STC 224/1999); prohibición esta última que se extiende al cuerpo y al material biológico humano (SSTC 212/1996 y 166/1999). A mayor abundamiento, el propio Tribunal ha reconocido que en la concreción del principio de dignidad humana la radical igualdad de todas las personas no es óbice para que puedan ser tenidas singularmente en cuenta determinadas circunstancias, como la condición de mujer o la maternidad (STC 53/1985).

En este punto, tampoco se ha de ignorar la relevancia que puede tener el “contexto relacional” (económico, social, cultural) en el que se encuentran muchas mujeres, que, dado el caso, podría generar serias dudas sobre la existencia de una voluntad verdaderamente libre y autónoma para la firma de un contrato de unas características tan “singulares” como son las propias del contrato de gestación para otro/s (RODRÍGUEZ: 2013; SALAZAR: 2017, 105; y 2020).

Pues bien, a partir de estas consideraciones, la cuestión clave a la que responder sería la siguiente: “¿la gestación subrogada es un atentado contra la dignidad de la mujer gestante, o su libre voluntad de prestarse al proceso impide considerarlo un atentado a su dignidad?” (ARROYO: 2017). O, dicho de otra forma: ¿hay algo “indigno” en ese contrato de gestación por sustitución que ni siquiera la autonomía de la voluntad de la persona afectada, la mujer gestante, puede vencer?

Creo que sí lo hay. De acuerdo con el ordenamiento jurídico-constitucional español, en el contrato de gestación para otro/s hay un derecho fundamental que claramente se pone en riesgo: la integridad física, y, en su caso, moral, de la mujer gestante (art. 15.1 CE); derecho que, según el TC español, se encuentra especialmente vinculado a la dignidad humana. Cuando una mujer firma ese contrato y lo pone en práctica está poniendo su cuerpo (o, incluso, su vida) en riesgo, dado que la gestación y parto de un niño conllevan, *per se*, ciertos riesgos (MARRADES: 2017, 228-229); y, en todo caso, tal embarazo y gestación traen consigo una indudable afectación del cuerpo de la mujer, sujeto a importantes transformaciones, que pueden ser no solo físicas, sino también de carácter psicológico o mental. Y todo ello se hace no con el propósito de ejercer su propia libertad reproductiva, lo que sería suficiente para que tales riesgos resultaran perfectamente asumibles, sino con el fin último de satisfacer el deseo de un tercero que, por muy legítimo que este sea, no deja de ser eso: un deseo (no un derecho). Pues bien, me parece que una “operación” de este calibre representa un claro atentado contra el orden público, sobre todo, cuando se hace a cambio de una contraprestación o compensación económica, que inevitablemente pone en cuestión el elemento volitivo de la supuesta libertad que se ejerce por parte de la mujer gestante.

En apoyo de esta posición, encontramos diversas resoluciones de organismos internacionales contrarios, también, a la gestación por sustitución por considerarla atentatoria contra la dignidad humana de la mujer gestante y del menor. Así, por ejemplo, la Declaración de 2012 del Consejo de Europa, y el ulterior rechazo, el 15 de marzo de 2016, por su Comisión de Asuntos Sociales y de Salud a la propuesta del Informe

Sutter, favorable a la gestación por sustitución; o la Resolución de 17 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo 2014, en el que “[c]ondena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”. En sentido similar, y ya a nivel nacional, un organismo consultivo independiente como el Comité de Bioética de España, en su «Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», de 16 de mayo de 2017, llega a la conclusión de que “existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada”, siendo la fundamental la explotación de la mujer gestante.

Pese a todo, imaginemos, sin embargo, que el legislador puede legalizar la gestación por sustitución, porque se entienda que ello no es contrario al orden público, en la medida en que las barreras que este impone han sido vencidas por la autonomía de la voluntad de la mujer gestante. Pues bien, aun en ese caso, en los contratos de gestación por sustitución al uso (esto es, en los que media intercambio económico) hay otro derecho (que también es principio y valor) que se encuentra asimismo en cuestión: el de la igualdad (RUIZ-RICO: 2017, 66 ss.). Y es que el legislador no puede legalizar una práctica como la de la gestación para otro/s, que acaba por concretarse en la posibilidad de que una persona o pareja pueda acabar ostentando la paternidad/maternidad sobre un niño, si no se garantiza al mismo tiempo que todas las personas, que reúnan ciertas condiciones, pero con independencia de su capacidad económica, pueden acceder a ella. Porque lo contrario supondría que la capacidad de tener hijos a través de esta práctica estaría reservada únicamente a personas con elevado poder adquisitivo. Dicho de otra forma, aquí lo que estaría en riesgo es la igual consideración que merece todo ser humano, es decir, la igual dignidad de todos los seres humanos, incompatible con una especie de ciudadanía censitaria derivada de la capacidad económica,

que resultaría determinante en un aspecto tan relevante como lo es el del acceso a la maternidad/paternidad.

En relación, además, con el principio de igualdad, se ha de tener presente que, si media contraprestación económica, casi inevitablemente se estará introduciendo, de manera –en mi opinión– contraria al orden público, una capacidad del cuerpo de la mujer (la de gestar) en el tráfico comercial, basada en una situación de desigualdad: la de la mujer gestante (que precisa ese dinero) y la del padre y/o madre comitente/s (que dispone/n de ese dinero). Esta situación de desigualdad, derivada de una capacidad biológica y una necesidad económica⁹, por un lado, y de un deseo acompañado de alta capacidad económica, por el otro, resulta contraria a todo entendimiento posible de la igualdad constitucionalmente garantizada, tanto en sentido formal (art. 14 CE) como material (art. 9.2 CE).

Pues bien, a partir de este razonamiento cabría preguntarse si es posible legalizar la gestación por sustitución, siempre y cuando la misma sea absolutamente altruista¹⁰. Y toda vez que se acepte que la primera objeción (afectación a la dignidad de la gestante) ha quedado vencida gracias al libre consentimiento expresado por la mujer gestante.

549

La cuestión, por tanto, queda planteada en sus desnudos términos de esta manera. Sin embargo, antes de tratar de darle una respuesta, resulta preciso tener en cuenta que el contrato de gestación por sustitución al uso tiene otros contenidos que, como veremos seguidamente, difícilmente resisten un mínimo contraste con nuestro orden público.

9 La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ha alertado sobre “el vínculo entre el aumento de la gestación por sustitución transnacional en ciertos países, normalmente con economías emergentes, y la existencia de bolsas de mujeres pobres que se prestaban a gestar para otros, normalmente de países mucho más ricos” (DÍAZ y PÉREZ-MONEO: 2020, 2 ss.). Vid.: “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, Preliminary Document N° 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference, p. 7.

10 No se puede ignorar, sin embargo, que tal y como se ha constatado, es fácil establecer la gratuidad del contrato en la letra del mismo, pero en la práctica va a ser mucho más difícil controlar si, en efecto, no ha mediado algún tipo de contraprestación o compensación económica (BRUNET: 2013).

3. Dífíciles cuestiones de orden público

Son muchas, en efecto, las cuestiones que surgen a la hora de analizar el contenido concreto de los contratos de gestación por sustitución y su posible (in)compatibilidad con el orden público español —o con un más genérico “bien común” (SIMÓN: 2020)—. Por poner solo algún ejemplo, centrémonos en las siguientes, que, por lo general, suelen formar parte de los mismos, y cuya sola formulación, a modo de pregunta, denota la dificultad de acomodar el contenido característico de estos contratos y la cláusula de orden público:

- ¿Se puede obligar a la mujer gestante a que renuncie a la maternidad meses antes de que se produzca el parto? Y, en caso afirmativo, ¿debe de tener algún tipo de consecuencias su posible «arrepentimiento»?

550

Me parece que, en este punto, se pone muy claramente de relieve que hay algo en la naturaleza de este contrato de gestación por sustitución (al menos, tal y como suele estar configurado en la mayor parte de los Estados en que esta práctica se encuentra legalizada) que, inevitablemente, atenta contra la dignidad humana, al tiempo que genera una gran inseguridad jurídica. Y es que si no queremos privar a la mujer gestante de un derecho tan fundamental como es el de su libertad de elección sobre su maternidad, directamente vinculado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), y, en definitiva, inescindiblemente vinculado con el núcleo duro de su dignidad, hay que aceptar que la mujer gestante, durante su embarazo, en cualquier momento, e incluso hasta un tiempo después del parto, puede cambiar de opinión, sin que ello tenga por qué suponerle un grave perjuicio de carácter personal o económico. Porque no es de extrañar que los lazos afectivos que se puedan generar entre la madre gestante y el embrión vayan creciendo según avanza el embarazo¹¹. Por eso, la pretensión de petrificar en un momento dado, meses antes del parto, la decisión de la mujer gestante a este respecto, supone convertir a esta, junto al feto en formación, en un mero objeto del contrato, en una cosa.

11 Tal y como tuvo ocasión de señalar el TC de Portugal en su Sentencia nº 225/2018, de 24 de abril.

- ¿Se puede obligar a la mujer gestante a que lleve determinado régimen de vida? *¿Son lícitas las técnicas psicológicas tendentes a “preparar” a la mujer para que no sienta apego por el embrión que está gestando?*

Por razones similares a las expresadas anteriormente, tampoco parece que se pueda condicionar la libertad, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (at. 1.1 CE), y, más en concreto, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a través de un contrato de este tipo, que puede acabar suponiendo para la mujer gestante el sometimiento a un estilo o régimen de vida muy estricto, impuesto por el/los comitente/s (o, como es lo habitual, por las agencias que intermedian en este tipo de contratos).

Menos aún defendibles parecen las sesiones de psicoterapia destinadas a evitar que la mujer gestante desarrolle sentimientos de afecto o apego por el embrión que está gestando, como sucede, por ejemplo, en Estados Unidos o en India (SALAZAR: 2020, 28 ss.), y que en España bien podrían considerarse propias de un trato inhumano o degradante prohibido por el art. 15.1 CE.

551

- ¿Qué sucede si el feto viene con malformaciones? ¿Se ha de otorgar a los padres comitentes el «derecho» a renunciar a la paternidad? En tal caso, si el embarazo sigue adelante, ¿ha de asumir la mujer gestante la maternidad del niño? ¿O acaso los comitentes pueden «obligar» a la mujer gestante a abortar?

Tampoco merece la pena detenerse mucho en esto, porque salta a la vista su posible contradicción con nuestro orden público, en la medida en que nos encontremos, como podría ser el caso, con una posición discrepante entre los comitentes (renuncia a la maternidad/paternidad) y la mujer gestante (deseo de llevar a término el embarazo). No cabe imaginar mayor cosificación de un ser humano (aunque esté en formación) que la que se podría dar en un supuesto como este: si el embrión es un producto “perfecto”, como el que podrían desear los comitentes, el embarazo puede continuar sin problema; pero si presenta alguna “tara”, los comitentes pueden renunciar a él, pese a que la mujer gestante desee seguir a término con su embarazo. Naturalmente, podría configurarse de

tal modo el contrato que los comitentes, en todo caso, asuman la maternidad/paternidad, con independencia del estado en el que venga el bebé, y siempre y cuando no lleguen a un acuerdo con la mujer gestante sobre la posible interrupción del embarazo. Pero la perversidad de ese acuerdo radica en la posibilidad que ofrece: cabría imaginar que una mujer podría decidir abortar si el feto viniese con alguna malformación en el caso de que la maternidad le correspondiese a ella, pero, por el contrario, podría decidir seguir adelante con el contrato a sabiendas de que ella no será la madre del futuro bebé. Tampoco cuesta mucho imaginar que no serán muchas las personas (futuros comitentes) que estarán dispuestas a firmar un contrato en tales condiciones.

Evidentemente, hay muchas más cuestiones problemáticas que pueden surgir en el seno de una relación contractual de gestación por sustitución, pero me parece que estas son suficientemente significativas como para dejar constancia de que el contenido de este contrato, tal y como hoy en día se está practicando en muchos lugares, además de generar una gran inseguridad jurídica, es manifiestamente contrario a nuestro orden público, más que nada porque, de un modo u otro, acaba colocando a la mujer gestante en una posición instrumental, cuando no desemboca directamente en su cosificación.

4. La imposibilidad de diseñar un contrato de gestación por sustitución acorde a nuestro orden constitucional

Así las cosas, cabría, sin embargo, preguntarse si es posible diseñar un contrato de gestación por sustitución que cumpla con las condiciones que aquí se han apuntado: altruismo; plena libertad de la mujer gestante para decidir cómo llevar a cabo su gestación, incluida la posibilidad de arrepentimiento sobre la renuncia a la maternidad hasta un tiempo después del parto; continuación del embarazo y atribución de la maternidad/paternidad a los comitentes, aun cuando el feto presente alguna malformación si es que la mujer gestante no decide abortar, etc.¹².

12 Javier Matia, en una línea similar, aunque desde una perspectiva completamente opuesta (pues, a diferencia de lo que aquí se sostiene, entiende que “no toda regulación de la

Más allá de otras consideraciones, un tipo de contrato como ese, con toda probabilidad, va a resultar difícilmente viable, en la medida en que será prácticamente imposible encontrar mujeres que se ofrezcan a gestar para un tercero¹³, y personas deseosas de ser madres o padres que se arriesguen a iniciar un proceso de estas características en el que no gozan de ninguna garantía sobre el resultado final.

Pese a todo, procuremos situarnos en el mejor de los escenarios posibles e imaginemos que pueden existir mujeres que, de manera absolutamente libre (si es que se puede hablar en estos términos), sin intercambio económico alguno, y con todas las garantías adicionales que hemos señalado, deciden acordar mediante contrato la gestación para un tercero, que tras el parto acabará asumiendo la maternidad y/o paternidad del nacido. ¿Sería constitucionalmente admisible en España un contrato de esas características?

Sigo pensando que no, porque incluso bajo esas estrictas condiciones la dignidad de la mujer gestante quedaría en entredicho de conformidad

gestación subrogada resulta incompatible con la dignidad de la mujer”), realiza algunas sugerencias sobre una posible (y deseable) regulación futura de esta práctica, de modo que se consiga una legítima “integración de intereses” de todas las partes involucradas (MATIA: 2019, 89 y 115 ss.). En un sentido similar, Antonia Durán, sostiene que “para que no se perpetúe la esquizofrenia jurídica que ahora existe, sería recomendable introducir una regulación específica en nuestro Derecho material sobre la gestación por sustitución”, de acuerdo con determinadas premisas, “buscando la mejor manera para acomodar los derechos de todas las partes que intervienen en el proceso, pero poniendo el acento en la necesidad de garantizar por encima de todo el interés superior del menor” (Durán: 2019, 581-582). También Octavio Salazar señala cuáles son los extremos que una propuesta garantista de la gestación por sustitución debería tener presentes (SALAZAR: 2017, 108-113).

- 13 Como señala Ana Valero, “es significativo el caso de Reino Unido, donde se da la paradoja de que, a pesar de permitir la subrogación altruista, es el país europeo que se encuentra a la cabeza en la contratación de mujeres para dicho fin en el extranjero, principalmente en India, Tailandia y, en menor medida en Estados Unidos”, lo que “evidencia que la ‘maternidad altruista’ es un mito que legitima y encubre el auténtico negocio a nivel mundial –principalmente para los agentes intermediarios– que supone la mercantilización del cuerpo humano de mujeres en clara situación de necesidad económica y social” (VALERO: 2019, 427). Por su parte, Ana Marrades apunta el caso de Canadá, en “donde es legal pero ‘altruista’ (...) aun así se está pagando una cantidad nada desdeñable por ‘gastos derivados del embarazo’: alrededor de 22.000 dólares canadienses (...). En total todo el proceso cuesta entre 60.000 y 80.000 euros” (MARRADES: 2017, 224).

con nuestro ordenamiento jurídico, que no puede tolerar —a mi juicio— un contrato que, en último término, supone poner (una capacidad de) un cuerpo humano, aunque sea de manera libre y voluntaria, al servicio de la satisfacción del deseo de un tercero. Sin restar relevancia a todo lo dicho más arriba, creo que la clave que explica y justifica dicha negativa a la aceptación de este tipo de contratos por ser contrarios a nuestro orden público se encuentra en el hecho mismo de que se permita celebrar un contrato que, por definición, supone tomar una decisión anticipada sobre una función (la gestación) que, por desarrollarse en el cuerpo de una mujer, puede acabar cambiando completamente la percepción inicial de esta sobre la maternidad del recién nacido. Y sostener que este problema se podría resolver mediante el reconocimiento a favor de la mujer gestante de la posibilidad de arrepentimiento sin perjuicio alguno (de carácter económico), es tanto como afirmar el sinsentido de este contrato: ¿qué valor tiene un contrato si una de las partes puede acabar tomando una decisión contraria al contenido y finalidad del mismo sin consecuencia alguna para ella?

554

5. La necesaria respuesta internacional y el (controvertido) interés superior del menor

Negada del modo en que hemos visto la posibilidad de diseñar un contrato de gestación por sustitución que resulte acorde con nuestro orden constitucional, hemos de ser conscientes de que el problema, sin embargo, no está completamente resuelto. Simple y llanamente porque es un problema que no admite fácilmente una solución estatal o nacional, sino que, por el contrario, demanda, idealmente, una respuesta de alcance superior, de Derecho internacional privado, que hoy por hoy no existe.

Y es que, en efecto, de lo que se trata ahora es de responder a la pregunta de qué sucede con aquellas situaciones en que un hombre, una mujer o una pareja llevan a cabo un proceso de gestación por sustitución en otro país, en donde esta práctica se encuentra reconocida, y después pretenden que el niño así habido sea inscrito en España como hijo suyo¹⁴.

¹⁴ Pese a la dificultad de precisar el número exactos de niños nacidos como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución que residen en España, según el Gobierno,

Antes de conocer cuál ha sido la solución adoptada en nuestro país, interesa ofrecer una panorámica general sobre cómo se ha afrontado esta misma cuestión en otros países de nuestro entorno, y, a propósito de ello, conocer también cuál ha sido la vacilante postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al respecto.

Como comprobaremos seguidamente, por regla general, el criterio del interés superior del menor (reconocido en los arts. 3.1 y 7.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en el ámbito del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 se reflejaría en la protección que el art. 8 ofrece al derecho a la vida privada¹⁵, y en el orden constitucional español en las previsiones de los apartados 2, 3 y 4 del art. 39 CE) ha desempeñado un papel muy relevante (BENAVENTE: 2020, 10 ss.).

Por su parte, el TEDH no ha ofrecido una respuesta clara a este respecto, al entender que no existe un consenso amplio en este sentido, lo que le ha llevado a optar porque sean los propios Estados los que regulen esta cuestión en función de cuál sea su orden constitucional y, en definitiva, a tenor de su propia concepción del orden público (margen de apreciación estatal). Sobre lo que sí se ha pronunciado es sobre la necesidad de que la filiación derivada de este tipo de contratos sea eficaz en un Estado parte, a fin de garantizar la protección del derecho a la vida privada de los menores y el derecho a la vida familiar (CARMONA y REDONDO: 2020).

Es decir, a partir de las condiciones que establece el art. 8.2 CEDH (que exista una previsión legal y que la medida sea necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública,

entre 2010 y 2016 fueron 979 las inscripciones realizadas. No obstante, las asociaciones de familias y las agencias partidarias de esta práctica calculan que cada año nacen entre 800 y 1.000 hijos de padres españoles con este método (fuente: El País - 8 de noviembre de 2017: https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html).

15 La apertura interpretativa que ofrece el art. 8 CEDH es bien conocida, “en buena medida por el diferente contenido de la protección de los derechos equiparables reconocidos por la legislación interna de los Estados miembros y también por la multitud de situaciones que pueden acogerse bajo ese enunciado. De esta forma, el art. 8 se ha convertido en cajón de sastre donde tienen cabida las situaciones más dispares” (ELVIRA: 2015, 214).

el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás), un Estado podría alegar motivadamente la excepción de orden público internacional si considerase que la eficacia de este tipo de contratos vulnera alguno de esos bienes, principios y/o derechos y libertades que constituyen el fundamento de su ordenamiento jurídico.

En el juicio de proporcionalidad que se llevase a efecto habrían de ponderarse los diferentes intereses en conflicto (el general del Estado en defensa de dichos bienes, principios o derechos, y el particular de los comitentes en defensa del reconocimiento de la filiación del menor y su consiguiente inscripción en el registro correspondiente). Va de suyo que el TEDH habría de tener muy en cuenta la eventual lesión de los derechos a la vida privada y a la identidad del menor que se pudiera derivar de la inseguridad jurídica generada por el hecho de estar viviendo con una/s persona/s que legalmente no está/n reconocida/s como su/s madre/s y/o padre/s, con los perjuicios que además ello podría tener en otros ámbitos como, por ejemplo, el sucesorio. Y es que la inscripción registral establece una presunción *iuris tantum* de exactitud y legalidad de los hechos inscritos, permitiendo, en este caso, a los que figuran como madre/s y/o padre/s mostrar a su hijo como tal a todos los efectos legales. Por tanto, no solo es un mecanismo para dejar constancia, sino también una vía para acceder al conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.

5.1. Estados Unidos de América

Algunos estados de los EE.UU. fueron de los primeros en legalizar la gestación para otro/s, durante los últimos años de la década de los ochenta de la pasada centuria. Fue la Corte Suprema de New Jersey la que, en el célebre caso *Baby M*, resuelto el 3 de febrero de 1988, confirmó la paternidad por parte de un matrimonio incapaz de procrear de un bebé habido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, en el que el marido aportó su material genético, y la mujer gestante su óvulo. Producido el parto y entregado el menor a los comitentes, la mujer gestante reclamó su maternidad biológica, iniciándose así un proceso judicial en el que, en primera instancia, el tribunal de New Jersey confirmó

que los padres comitentes ostentaban legítimamente la custodia del menor, en tanto que dicho contrato de gestación por sustitución había sido válido. Recurrida la sentencia en apelación, la Corte Suprema de New Jersey sostuvo, sin embargo, que ese acuerdo era “ilegal e inejecutable”, de modo que la custodia había de decidirse atendiendo no a dicho contrato, sino al interés superior del menor, fallando, a tal efecto, que la misma correspondía a los padres comitentes, si bien reconoció a la mujer gestante derechos de visita (SIMÓN: 2017, 3).

En un caso casi simultáneo (*In re Marriage of Buzzanka*), un tribunal de primera instancia de California decidió que la menor habida como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, en el que ninguno de los comitentes había aportado material genético, y que se habían divorciado antes del parto, carecía de padres legales. Recurrida la sentencia, la Corte de Apelaciones de California revisó el caso y falló, el 10 de marzo de 1988, que dicha declaración de orfandad legal era contraria al orden público, de modo que, pese a no haber aportación genética alguna, los comitentes debían ser considerados los responsables y padres legales de la menor (SIMÓN: 2017, 4).

557

Aunque existen diferencias notables entre unos estados (en los que esta práctica está prohibida) y otros (en los que se admite, si bien con diferencias importantes en cuanto al contenido de su regulación), California es, precisamente, uno de los lugares a los que más se acude para llevar a cabo este proceso por parte de quienes tienen recursos económicos suficientes, dado el carácter comercial del contrato de gestación por sustitución. La razón no es otra que la legislación especialmente garantista de la posición de los padres y/o madres comitentes, así como la intervención judicial durante el proceso, lo que da lugar a que dichos contratos sean después plenamente ejecutables en el país de origen de aquellos, si bien se echa en falta una mayor protección de los derechos de la mujer gestante y de los menores nacidos a raíz de la formalización del susodicho contrato (ÚBEDA: 2020).

5.2. Francia

En este país, la gestación por sustitución se encuentra prohibida y sancionada penalmente. Ya en 1990 la Corte de Casación declaró que la

gestación por sustitución se oponía al «principio de indisponibilidad del cuerpo humano» y que, en consecuencia, era contraria al orden público. En la misma línea, el Consejo de Estado entendió en 2009 que existían diversos motivos que justificaban la prohibición de esta práctica (interés superior del menor; protección de la mujer gestante; evitar la mercantilización del menor y del cuerpo de la mujer gestante, etc.). Sin embargo, el 25 de enero de 2013 el Ministerio de Justicia dictó una circular instando a los jueces a conceder certificados de nacionalidad a favor de aquellos menores nacidos en el extranjero, sin que sirva de pretexto para hacerlo la sospecha de que se haya recurrido a esta práctica. La circular fue confirmada por el Consejo de Estado el 12 de diciembre de 2014 (SIMÓN: 2017, 12-13).

Más recientemente, la Corte de Casación, a resultas de la jurisprudencia del TEDH a la que nos referiremos a continuación, ha reconocido que si uno de los comitentes ostenta la paternidad biológica del bebé nacido en otro país en el que la gestación por sustitución es una práctica legal podrá ver reconocida su filiación en Francia, y su pareja podrá obtener la paternidad adoptiva (ALCARAZ: 2020; MATIA: 2019, 89 ss.).

En Francia, el primer caso de gestación por sustitución con importante repercusión judicial y mediática, y que acabó desembocando en sendas sentencias del TEDH, fue el de los Sres. Mennesson y Labassée (Sentencia de 26 de junio de 2014). En ambos supuestos, los recurrentes eran un matrimonio que, después de haber intentado en diversas ocasiones sin éxito la fecundación *in vitro*, decidieron acudir a California para formalizar un contrato de gestación por sustitución. Tanto en un caso como en el otro, una donante ajena a la pareja había aportado sus óvulos para que fueran fecundados con semen de cada uno de los respectivos maridos. A resultas de ello nacieron tres bebés (un niño de la primera pareja y dos gemelas de la segunda). El problema se planteó a la hora de inscribir dichos niños como hijos de los comitentes en el registro civil francés, dado que se pretendía que la maternidad/paternidad de los mismos fuera reconocida a partir de la celebración de un contrato (de gestación por sustitución) que suponía una violación del orden público francés. A tal efecto, la negativa de la Corte de Casación francesa fue clara

al señalar que tal inscripción no era posible, pues lo contrario significaría validar un contrato contrario al ordenamiento francés.

Ante el cerrojo judicial nacional, los Sres. Mennesson y Labassée decidieron acudir al TEDH, el cual, en su Sentencia de 26 de junio de 2014, condenó a Francia por vulnerar el derecho a la vida privada de los menores, reconocido en el art. 8 CEDH. Según el TEDH, la decisión de las autoridades francesas colocaba a los niños en una situación de inseguridad jurídica en relación con su estatus familiar (nacionalidad, herencia, etc.), lo que suponía una vulneración de su identidad y, en definitiva, de su derecho a la vida privada, amparado por el art. 8 CEDH (SIMÓN: 2017, 15-17).

En consecuencia, el Tribunal de Estrasburgo obligó al Estado francés a que reconociera la filiación y consecuente inscripción registral del menor habido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero siempre que el mismo tuviera vinculación genética con el padre comitente. Nada se dijo respecto de la filiación de la mujer comitente (o del otro hombre, en el caso de parejas del mismo sexo, que no aporta material genético alguno), remitiéndose tan solo a la posibilidad de la adopción, lo que resulta muy cuestionable desde la perspectiva del principio de igualdad (MATIA: 2019, 97). Cuestión ésta que se ha visto en parte resuelta con motivo del Dictamen de 10 de abril de 2019 emitido por el TEDH a resultas de una Opinión consultiva planteada por el Tribunal de Casación francés. En ella, el TEDH sostiene la necesidad de que el derecho interno (francés, en este caso), en los casos en que un niño haya nacido como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución, “ofrezca una posibilidad de reconocimiento de un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención”, especialmente cuando esta ha aportada sus gametos, en tanto que exigencia derivada del respeto a la vida privada del menor. No obstante, tal reconocimiento puede llevarse a efecto como el Estado francés considere preciso de acuerdo con su derecho interno (inscripción de filiación o adopción).

Resulta también interesante destacar que en la referida Sentencia de 26 de junio de 2014 el TEDH entendió que, pese a lo dicho, no se podía considerar que los Sres. Mennesson y Labassée hubieran visto

vulnerado su derecho a la vida privada y familiar, no solo porque no se les había impedido la convivencia de hecho con sus hijos, sino, además, porque la negativa del Estado francés a su inscripción derivaba, antes que nada, de la prohibición legal que existe en ese país de este tipo de prácticas. Y, en consecuencia, el TEDH entendió que en este caso nos encontramos, de nuevo, ante una cuestión de orden público respecto de la cual los Estados gozan de un amplio margen de apreciación¹⁶.

5.3. Alemania

En Alemania el contrato de gestación por sustitución está también prohibido y sancionado. Sin embargo, en relación con la inscripción registral de los niños obtenidos por gestación para otro/s en un país donde esta práctica está permitida, la jurisprudencia dio un giro relevante a finales de 2014. En una Sentencia de 10 de diciembre de 2014, la máxima instancia judicial en el orden civil, el *Bundesgerichtshof*, validó por vez primera una decisión judicial extranjera ordenando la inscripción de la paternidad a favor de los comitentes, una pareja de hombres que había acudido a California para contratar estos servicios, pese a que, en un principio, las autoridades administrativas alemanas habían denegado la inscripción del bebé como hijo de los comitentes por razones de orden público. El Alto Tribunal alemán, en una sentencia muy discutida de 10 de diciembre de 2014, afirmó que “el reconocimiento en el extranjero de la paternidad a los comitentes en un contrato de maternidad subrogada no habría de reputarse en sí mismo contrario al orden público, siempre que uno de los comitentes fuese padre genético del niño” (SIMÓN: 2017, 12).

En una sentencia posterior, de 20 de marzo de 2019, en atención al hecho de que tanto la madre como el padre comitentes habían aportado

16 A partir de esta condena, el Tribunal de Casación francés realizó un cambio de jurisprudencia, y así, en junio de 2015 aprobó la inscripción en el registro civil de dos niños concebidos por gestación subrogada en Rusia. No obstante, este cambio no afectó a la situación judicial en que se encontraban los padres comitentes, que habían sido juzgados antes de este cambio jurisprudencial. La cuestión llegó de nuevo al TEDH, que volvió a condenar a Francia, aplicando la misma doctrina: violación del derecho a la vida privada del menor reconocido en el art. 8 CEDH (casos *Bouvet y Foulon c. Francia*, Sentencia 21 de julio de 2016; y *Karine Laborie c. Francia*, de 19 de enero de 2017).

su material genético (óvulo y espermatozoides), el Tribunal reconoce la paternidad biológica del hombre, pero no así la de la mujer por ser ello contrario a la previsión del art. 1591 del Código civil alemán, que establece la maternidad por parto, invitando a aquella a que proceda, dado el caso, a adoptar al menor (REDONDO: 2020).

5.4. Italia

Si bien la gestación por sustitución se encuentra prohibida y penalmente sancionada en Italia, lo cierto es que las situaciones derivadas del hecho de que haya habido nacionales italianos que han acudido al extranjero amparándose en su legislación permisiva de este tipo de contratos, con la intención de registrar después a esos menores como hijos suyos en Italia, ha complicado extraordinariamente el panorama, sobre todo, tras la intervención del TEDH (ALBERTI: 2020).

En el conocido caso *Paradiso Campanelli c. Italia*, un tribunal italiano decidió que un niño nacido en Ucrania fuera separado de los padres comitentes y entregado en adopción a otra familia, por entender que la paternidad de aquellos traía causa de un contrato de gestación por sustitución, inválido en este país. El caso llegó al TEDH, que, mediante Sentencia de la Sección 2ª, de 27 de enero de 2015, condenó a Italia por vulneración del derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, debido a la falta de proporcionalidad en la medida adoptada por el tribunal nacional, que iba en perjuicio del interés superior del menor.

561

No obstante, el TEDH entendió que las medidas adoptadas por las autoridades italianas cumplían con el test de proporcionalidad, en tanto que se encontraban previstas en la ley, traían causa de un previo incumplimiento de la normativa sobre adopción y reproducción asistida, perseguían una finalidad lícita, como es la defensa del orden público, y buscaban proteger y garantizar los derechos del menor (SIMÓN: 2017, 17-20).

En definitiva, pese al sentido condenatorio de la sentencia (cinco votos frente a dos), el TEDH admitió que las autoridades italianas habían actuado en todo momento dentro del marco legal, en tanto que, al no poderse determinar la nacionalidad del niño, debido a que se desconocía

la procedencia de los gametos, “la aplicación del Derecho italiano por parte de los tribunales nacionales, que llevó a la constatación del estado de abandono del menor, no podría considerarse arbitraria”.

Esta controvertida resolución fue recurrida ante la Gran Sala, que la revocó el 24 de enero de 2017 (por once votos contra seis), en una sentencia en la que el TEDH, sin perder de vista la necesaria protección de los niños (de todos, en general), acordó privar a los comitentes italianos de la paternidad del menor, debido a que éste no tenía vínculo genético con ninguno de ellos y en tanto que la convivencia había durado tan solo ocho meses (dos en Rusia y seis en Italia).

A través de esta relevante sentencia¹⁷, parece derivarse, por consiguiente, que cuando el TEDH acude al criterio del interés superior del menor para decidir sobre la regularización de algún supuesto de gestación por sustitución, ha de tener presente no solo el interés del niño en cuestión, sino el de todos los niños en general, basando el núcleo de su argumentación en la existencia de un vínculo biológico entre el menor y, al menos, alguno de los comitentes, y en el período de tiempo durante el que se ha prolongado la convivencia entre todos ellos. Pero su postura no queda tan clara en aquellos otros casos en que no hay aportación de material genético alguno por parte de los comitentes y la convivencia familiar no ha sido muy prolongada en el tiempo. En definitiva, seguimos careciendo de criterios claros que ofrezcan seguridad jurídica para este tipo de prácticas. Si bien, al menos, queda claro a partir de esta última sentencia de 2017 del caso *Paradiso Campanelli c. Italia* que los comitentes no pueden pretender la aplicación automática de un principio (el del interés superior del menor) para que su Estado les reconozca la inscripción de la filiación, ni el propio Estado puede acudir automáticamente a otro principio (el del orden público internacional) para negar dicha inscripción.

¹⁷ Es posible encontrar múltiples comentarios de estas sentencias. Valga por todos: FARNÓS (2017); y Ruiz (2019).

5.5. Portugal

En Portugal, la gestación por sustitución es concebida como una técnica de reproducción humana asistida por la Ley 25/2016. No obstante, el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, autoridad responsable en la materia, que controla todo el proceso, correspondiéndole incluso la autorización del propio contrato, en un Decreto de 2017 precisó que la gestación por sustitución, pese a requerir de técnicas de reproducción humana asistida, no es, en sí misma, una técnica de reproducción humana asistida.

La Ley 25/2016 reconoce que la gestación por sustitución (de carácter altruista) está al servicio de las mujeres que no pueden gestar, sin que, por tanto, el hombre por sí solo, o la pareja de hombres, pueda/n acceder a la misma. Esta ley, que concibe esta práctica como un contrato, no como un derecho, procura dispensar una amplia protección a la mujer gestante, pero deja a los niños habidos en el marco de la misma desprovistos del derecho a investigar su identidad genética, y tampoco regula la situación en que se encuentran aquellos que procedan de otro país en el que también se encuentre legalizado dicho contrato.

563

El 24 de abril de 2018, el TC portugués anuló varios preceptos de esta ley, en vigor desde agosto de 2017, sin que dicha anulación sea aplicable a los procesos de gestación ya autorizados por el Consejo Nacional. El Tribunal considera que, en sí misma, la ley no viola ni la dignidad de la mujer gestante ni la del bebé nacido mediante esta práctica, al tiempo que tampoco cuestiona el deber del Estado de protección de la infancia; sin embargo, sí contiene —en opinión del TC— determinadas disposiciones que suponen una contradicción con ciertos “principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución”.

Así, entre otras cosas, el Alto Tribunal ha censurado que no exista la posibilidad de que la gestante se arrepienta, lo que impide “el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad”. También ha criticado la “indeterminación excesiva” de la ley en lo que se refiere a los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían resultar, a todas luces, excesivas. Asimismo,

el Tribunal ha censurado el hecho de que se mantenga de cara al futuro bebé tanto el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides como el de la mujer gestante, al entender que ello supone “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad” de las personas nacidas como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución (GÓMEZ FERNÁNDEZ: 2020).

5.6. España

En España, pese a que, como sabemos ya, de acuerdo con el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, hay personas, a las que no les es posible tener un hijo mediante un proceso de gestación natural, que acuden a otros países en los que la gestación para otro/s se encuentra legalizada o tolerada, y que vuelven a España con la intención de inscribir a ese bebé en el Registro Civil como hija/o suyo.

564

Para dar respuesta a uno de esos numerosos casos en que se dificultaba tal inscripción registral, la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) dictó una primera Resolución, de 18 de febrero de 2009, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro civil consular español en Los Ángeles (California) de dos bebés nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, en tanto hubiera, como era el caso, una certificación registral (del estado de California, en este caso) que determinase la filiación de uno de los comitentes españoles. Impugnada por el Ministerio Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, en su sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre, negó la validez de la misma por entender que esa práctica era nula de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español.

Acto seguido, el 5 de octubre de 2010, la DGRN aprobó una nueva Instrucción a través de la cual se permite la inscripción de relaciones de filiación de niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución, si bien se introducen algunas condiciones más agravadas: siempre que se presente la resolución judicial del tribunal competente extranjero que determine la filiación, así como el *exequátur* de dicha resolución, bajo la

condición de que esta no sea fruto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino de un proceso contencioso, y en tanto la mujer gestante haya actuado de manera libre y consciente (VILAR: 2019, 819-820; SALAZAR: 2017, 89-91).

Poco después de un año, el 23 de noviembre de 2011, la Audiencia Provincial de Valencia –sección 10ª– dictó una sentencia (núm. 826/2011) que resolvía el recurso interpuesto contra la del Juzgado de Primera instancia, en la que se reafirmó en la idea de que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, y, en consecuencia, no tiene cabida en nuestro ordenamiento la pretensión de inscribir la filiación de un niño nacido en un país extranjero en el que sí está permitida esta práctica, mediante la apelación al argumento del interés superior del menor.

Recurrida ante el Tribunal Supremo (TS), éste (sección 10ª de la Sala de lo civil), unos años más tarde, en la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, ratificada mediante Auto de 2 de febrero de 2015, volvió a negar la inscripción en el Registro civil de la filiación de los dos menores nacidos en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, pese a que, en el documento expedido por las autoridades californianas, se atribuía la paternidad a la pareja de hombres españoles, al entender que dicho contrato es nulo de pleno derecho por ser contrario al orden público internacional español, “entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”. Concretamente, el TS entendió que el registro en España debe someterse a un control de orden público, categoría de la que forman parte principios constitucionales básicos como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como el mandato de protección de la familia y los hijos (art. 39 CE)¹⁸.

¹⁸ Desde determinadas posiciones doctrinales, esta sentencia ha sido muy criticada, en la línea del Voto particular formulado a la misma, por entender que en estos supuestos nos encontramos ante un mero problema de reconocimiento de la validez de una resolución de un Estado extranjero, que ha determinado la paternidad de los comitentes de acuerdo con su ordenamiento jurídico; no se trataría, por tanto, de decidir, de nuevo, sobre la

Según el Tribunal, “en nuestro ordenamiento jurídico y en la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (FD Tercero.6).

566

Además, el TS, cuestiona la apelación al «interés superior del menor» como argumento a favor de la inscripción registral, puesto que ello “debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él” (FD Quinto.5).

De este modo, el TS español trata de establecer ciertos límites al “fácil” argumento del interés superior del menor, apelando a un orden público, cuya finalidad es, entre otras, evitar actuaciones que puedan suponer una vulneración de la dignidad de la mujer (gestante) y de los menores nacidos mediante esta práctica de la gestación por sustitución, válida en otros países, pero nula de pleno derecho en España.

En palabras del propio TS: “Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede

filiación, de acuerdo con la identificación de la ley que se considere aplicable al fondo del asunto (CALVO y CARRASCOSA: 2015).

suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores¹⁹. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil” (FD Quinto.8).

Y ante la alegación de los recurrentes acerca de la situación de desprotección en que podrían quedar los menores si no se les reconociera la inscripción de filiación, el TS recuerda que existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que permiten ofrecer una respuesta a tales situaciones: “El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar” (FD Quinto.11).

567

Esta sentencia del TS deja, por tanto, sin efecto la referida Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010. Sin embargo, de manera difícilmente comprensible, la propia DGRN emitió una Circular el 11 de julio de 2014 mediante la que autorizaba a los cónsules españoles a seguir aplicando la controvertida Instrucción de 2010. De esta forma, la Administración, de modo ciertamente incomprensible, parece haber decidido ignorar el «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» que le impone el artículo 103.1 de la Constitución. Más tarde, la DGRN dictó una Instrucción de 14 de febrero de 2019, que permite la inscripción en el Registro civil siempre que al menos uno de los padres comitentes haya aportado material genético. Pero la misma fue dejada sin efecto inmediatamente,

19 Este es uno de los argumentos principales que se utilizan para criticar el sentido de la sentencia tanto en el Voto particular formulado a la misma, como por parte de algunos autores (PRESNO y JIMÉNEZ: 2014).

mediante una Instrucción de la misma DGRN de 18 de febrero (a resulta de un previo comunicado emitido por el Ministerio de Justicia el 16 de febrero), lo que, en último término, significa que (supuestamente) sigue vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (Vilar: 2019, 819-820), pese a su indudable contradicción con la STS de 2014.

Más allá de estas vicisitudes, lo verdaderamente relevante de la referida sentencia del TS, a los efectos que aquí más nos interesan, es que, con independencia de que haya una norma que expresamente ordene que la filiación materna se determina por el parto, el Tribunal considera causa de inconstitucionalidad la infracción del art. 10 de la Ley 14/2006 por entender que una práctica como la de la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la mujer gestante²⁰, garantizada en el art. 10.1 CE, al devaluar a ésta como sujeto, para convertirla en un objeto del contrato.

Cabría entender, por tanto, que los límites de la dignidad de la mujer no dependerían de su (autonomía de la) voluntad, sino que, por el contrario, derivarían de la exigencia de respetar el orden público constitucionalmente reconocido. Y es que la dignidad, además de ser el fundamento último de todos los derechos, representa también un límite para el ejercicio de los mismos (ALEGRE: 1996, 75). Desde el punto de vista del Estado, la cuestión, por tanto, no es si el mismo tiene capacidad para intervenir en ese proceso más allá de la voluntad de las partes, sino que, a lo que habrá que atender es a cuál debe ser el límite del Estado a la hora de determinar las consecuencias que la celebración de dicho contrato en un país extranjero puede tener en España, teniendo en cuenta no solo que hay un menor cuyo interés superior merece la máxima protección²¹.

20 De otra opinión, Manuel Atienza, para quien el Tribunal Supremo no ha comprendido correctamente el concepto de dignidad humana, que, en este caso, lo que prohibiría es tratar a la mujer gestante *solamente* como un medio o instrumento para conseguir un fin, lo que en su opinión no tiene por qué suceder en los contratos de gestación por sustitución (ATTIENZA: 2015). Desde una posición crítica, Ana Marrades se pregunta “como qué otra cosa se trata a una mujer que gesta para otra persona o personas sino como un medio para satisfacer los deseos de las personas que le hacen el encargo a la gestante, es decir, como un instrumento, y sólo como un instrumento” (MARRADES: 2017, 223).

21 Pilar Benavente se ha mostrado muy crítica con la vacilante respuesta (normativa, judicial y administrativa) que ha dado el Estado español a un tema tan fundamental como lo es el

6. Conclusiones

A través de todos los ejemplos que acabamos de ver se pone de relieve la imperiosa necesidad de una regulación internacional que ofrezca seguridad jurídica a los casos de gestación por sustitución que se están produciendo en diversos lugares del mundo en los que tal práctica se encuentra aceptada y regulada y en los que intervienen personas nacionales de los mismos (las mujeres gestantes) junto con otras (comitentes) procedentes de terceros países en los que dicha práctica se encuentra prohibida, o es nula de pleno derecho, como es el caso de España (VILAR: 2019, 823)²².

Una respuesta jurídico-internacional que, sin perder nunca de vista el interés superior del menor, además debería tener en cuenta, como se ha señalado ya, otros muchos factores, y, en particular, uno que resulta decisivo: que el hecho de que dicha práctica se encuentre prohibida o sea considerada nula de pleno derecho en ciertos países necesariamente ha de jugar un papel importante a la hora de resolver cada caso concreto.

569

Dicho de otro modo: el interés superior del menor no puede convertirse en una “cómoda” invocación para acabar resolviendo conflictos que demandan, por el contrario, un análisis mucho más detenido y

reconocimiento de la filiación de aquellos menores que hayan nacido en un país extranjero como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución, y pretendan ser inscritos en España. Una respuesta –según esta autora– claramente discriminatoria si se compara con la otorgada en otros supuestos de determinación de la filiación (BENAVENTE: 2020). Por su parte, Javier Nanclares ofrece una visión diferente del problema, pues, en su opinión, se ha de diferenciar entre el interés superior del menor y el reconocimiento de efectos jurídicos en España a aquellas certificaciones registrales procedentes de otros países en los que esta práctica se encuentra legalizada (NANCLARES: 2020).

- 22 En este sentido, el profesor Javier Matia se muestra partidario de una regulación de esta práctica en España, porque “[d]esde una perspectiva general, resulta absurdo no regular lo que está ocurriendo. Es tanto como desconocer la realidad”. Y es que “la función del Derecho es, a nuestro modesto entender, regular las relaciones sociales, canalizándolas y delimitándolas. Luego los justiciables decidirán si se sirven o no de ellas. Solamente aquellas que producen un rechazo social muy mayoritario o protejan derechos fundamentales deben ser proscritas” (MATIA: 2019, 111 y 114). El problema es que, en mi opinión, es precisamente este el punto en el que nos encontramos, pues, como he tratado de demostrar a lo largo de este trabajo, la dignidad y los derechos de la mujer gestante se la juegan con la legalización de esta práctica

ponderado de todos los bienes, principios y derechos en juego. Y eso es algo que tanto los tribunales internacionales (en particular, el TEDH) como los tribunales nacionales habrían de tener siempre presente, pues al fin y al cabo, si nos centramos en España, todo nacional que acude a esta práctica en el extranjero es consciente de que la misma es nula de pleno derecho en su país, y que eso, lógicamente, puede tener consecuencias a la hora de pretender la inscripción registral correspondiente, sin que quepa legítimamente esperar que la situación acabará solventándose gracias, simplemente, a una genérica invocación al interés superior del menor.

Dicho de otro modo, la común apelación al interés superior del menor no puede convertirse en una especie de patente de corso²³ que permita acabar legalizando indiscriminadamente relaciones jurídicas que han nacido de una actuación ilegal (DURÁN: 2012, 275). Es decir, en la determinación de lo que en cada caso concreto sea el interés superior del menor no deberíamos de perder nunca de vista esa circunstancia, que no es en absoluto baladí. Al fin y al cabo, lo que puede estar en juego es algo tan fundamental como aquello a lo que se enfrenta la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, cosa que –según parece– está sucediendo ya en algunos lugares del mundo en que se permite la gestación para otro/s.

A la espera de que eso suceda, a nivel nacional la solución, como hemos visto, no es sencilla, ni puede ser de alcance general. Lo que no obsta para que sí se pueda, y deba, exigir a las autoridades españolas (administrativas y judiciales) que valoren de manera detenida todas las circunstancias que concurran en cada caso que se les presente a partir de una certeza: que el contrato de gestación para otro/s celebrado en una país extranjero por nacionales españoles del que trae causa la maternidad/paternidad del

23 O, como ha señalado acertadamente el Tribunal Supremo, “[l]a aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma (STS 247/2014, de 6 de febrero, FD Quinto.6).

bebé que pretenden inscribir en el registro español correspondiente como hijo suyo es, en España, nulo de pleno derecho, y que, en principio, eso constituye un importante impedimento que solo se podrá vencer si queda suficientemente acreditado que, dadas las circunstancias, el interés superior del menor debe de prevalecer (porque, destacadamente, existan lazos biológicos de éste con alguno de los comitentes y/o porque la convivencia entre ellos se haya prolongado durante un largo período de tiempo). El mensaje, en todo caso, debería ser bien claro: aquel nacional español que acuda a esta práctica en el extranjero ha de saber que está asumiendo un riesgo muy elevado de que al llegar a España con el bebé no pueda inscribirlo como hijo suyo. La última sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, en el caso *Paradiso Campanelli c. Italia*, matizaciones al margen, parece apuntar en esa dirección, sobre todo, cuando no exista vínculo genético alguno entre los comitentes y el menor, en la medida en que Tribunal acepta que el margen de apreciación nacional es muy amplio en una cuestión como ésta en la que se dilucidan cuestiones muy sensibles para las opiniones públicas internas de los respectivos Estados parte (GARCÍA ROCA: 2018, 3).

571

En definitiva, cada caso concreto debe de ser objeto de un análisis detenido, en el que se tengan en cuenta todas las circunstancias, evitando soluciones de alcance general derivadas de la aplicación automática de un principio (el interés superior del menor o el orden público internacional), por muy relevante que sea, pues eso es lo que demanda una aplicación seria y prudente del derecho.



Bibliografía

1. ALBERTI, A. (2020). “La maternità surrogata in Italia”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
2. ALCARAZ, H. (2020). “La gestación subrogada en Francia: paradojas y restricciones”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
3. ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. (1996). *La dignidad como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León.

4. ARROYO GIL, A. (2017). “‘Gestación subrogada’ versus ‘vientres de alquiler’”, *Huffington Post* (21.02.2017).
5. ATIENZA, M. (2006). “Reproducción Humana Asistida: sobre la nueva ley”, *El Notario del Siglo XXI*, 9.
6. ATIENZA, M. (2015). “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, *El Notario del Siglo XXI*, 63.
7. BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2017). *Hij@s del mercado*, Cátedra, Madrid.
8. BENAVENTE MOREDA, P. (2020). “El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
9. BRUNET, L. (Dir.) (2013). *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament.
10. CARMONA CUENCA, E. / REDONDO SACEDA, L. (2020). “La gestación por sustitución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
11. CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7 (2).
12. CHUECHA, R. (2015). “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en Chueca, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid.
13. DÍAZ CREGO, M. (2020). “La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución: a las vueltas con el supuesto derecho a tener hijos”, *Revista de Derecho Constitucional*, nº 31.
14. DÍAZ ROMERO, M.R. (2010). “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, 7527.
15. DURÁN AYAGO, A. (2012). “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario español de derecho internacional privado*, 12.
16. DURÁN AYAGO, A. (2019). “Gestación por sustitución en España: *A hard case needs law*. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (2).
17. ELVIRA PERALES, A. (2015). “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Chueca, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid.

18. FARNÓS AMORÓS, E. (2015) “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil del Ministerio de Justicia*, 68.
19. FARNÓS AMORÓS, E. (2017). “*Paradiso y Campanelli c. Italia* (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derechos*, 40.
20. GARCÍA ROCA, J. (2018). “La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 28.
21. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2020). “Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
22. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.
23. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2005). “Dignidad y ordenamiento comunitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n 4.
24. LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona: Publicacions i Edicions.
25. LORA, P. de (2018): “Gestar para otros: una ecografía de las falacias”, *Dilemata* (Revista Internacional de Ética Aplicada), 28.
26. MARRADES PUIG, A. (2017). “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, 65/1.
27. MATIA PORTILLA, F.J. (2019). “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político*, 105.
28. NANCLARES VALLE, J. (2020). “El interés superior del menor en la gestación por sustitución”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
29. PRESNO LINERA, M.A / JIMENEZ BLANCO, P. (2014). “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 51.
30. QUICIOS MOLINA, S. (2019). “Regulación por el ordenamiento español de la Gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, 1.
31. REDONDO SACEDA, I. (2020). “Gestación por sustitución y reconocimiento de la filiación en Europa: reflexiones a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
32. RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2017). “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17.

33. RUIZ MARTÍN, A. M. (2019). “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 11 (2).
34. RUIZ-RICO RUIZ, G. (2017). “La problemática constitucional derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”, Revista de Derecho Político, 99.
35. SALAZAR BENÍTEZ, O. (2017). “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, Revista de Derecho Político, 99.
36. SALAZAR BENÍTEZ, O. (2018). *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid.
37. SALAZAR BENÍTEZ, O. (2020). “La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género”, Revista General de Derecho Constitucional, 31.
38. SIMÓN YARZA, F. (2017). “Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista General de Derecho Constitucional, 25.
39. SIMÓN YARZA, F. (2020). “El debate sobre los vientres de alquiler, los derechos humanos y el bien común”, Revista General de Derecho Constitucional, 31.
40. ÚBEDA DE TORRES, A. (2020). “Un análisis de la legislación de California sobre la gestación por sustitución”, Revista General de Derecho Constitucional, 31.
41. VALERO HEREDIA, A. (2019). “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, Teoría y Realidad Constitucional, 43.
42. VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*. La cuestión jurídica de las madres de alquiler, Reus, Madrid.
43. VERONESI, P. (2015). “La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tópica y la hermenéutica constitucional italiana”, Chueca, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid.
44. VILAR GÓMEZ, S. (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid.
45. VILAR GÓMEZ, S. (2019). “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 11 (2).

La realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, frente a casos de crisis financieras y/o económicas*

✍ VÍCTOR BAZÁN**

1. Consideraciones preliminares

Procuraremos demostrar aquí que los derechos sociales no padecen una minusvalía jurídica y/o axiológica *vis-à-vis* los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”. Por el contrario, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos hacen que no exista jerarquía entre ellos y que todos sean exigibles, según sus particularidades, ante las autoridades estatales competentes.

575

Sucede que a partir del *carácter integral de los derechos*, corresponde asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, independientemente de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos sociales o ambientales. En el espacio latinoamericano nos parece innegable la fundamentalidad de estos derechos, muchos de los cuales funcionan como *prerrequisitos* para el ejercicio de no escasos ni irrelevantes derechos civiles

* El presente trabajo de nuestra autoría busca homenajear y felicitar al profesor Dr. Roberto Romboli, muy apreciado amigo y colega, en reconocimiento a su extensa y fructífera trayectoria académica, que se engrandece con sus acendrados valores humanos y don de gentes.

** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina. Miembro de la *International Academy of Comparative Law* (París), Investigador Visitante del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania).

y políticos. Precisamente, en épocas de crisis financieras y/o económicas es cuando se visibiliza aún más la perentoria necesidad de robustecer la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*.

2. Inicialmente, para transitar nuestro camino argumental enfocaremos la aparentemente imperecedera discusión doctrinaria “nutrida” de determinados prejuicios y pretendidas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales

Enseguida, apuntaremos a la juridicidad y la justiciabilidad de estos últimos, también conocidos como derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante: DESCAs o DESC según corresponda).

Luego, partiendo de su condición de “fundamentalidad” al menos en el ámbito latinoamericano, se examinará el tópico de la fuerza que los DESCAs concentran como precondiciones para el goce de significativos derechos civiles y políticos (en lo sucesivo, también DCP).

576

A continuación, volcaremos algunas notas sobre la obligación estatal de garantizar la progresividad a los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la prohibición de retrogradarlos injustificadamente. Asimismo, nos referiremos a la justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición del dictado infundado de medidas regresivas en el área de las políticas públicas, añadiendo algunos breves comentarios sobre el control social y democrático de ellas.

De inmediato, se planteará la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESCAs en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque.

A efectos ilustrativos, tomaremos un caso testigo en el escenario colombiano acerca del marco de sostenibilidad fiscal y del incidente de impacto fiscal, incorporados en fecha relativamente reciente a la Constitución de ese Estado y su vinculación con la protección de los derechos sociales.

Ofreceremos, seguidamente, ciertas consideraciones sobre la inescindible conexión de los DESCAs con la dignidad humana y el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos.

Recalaremos después en el tópico de la protección y realización de los DESCAs a través de la justiciabilidad directa por medio del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En tal contexto, contaremos con una ocasión propicia para reseñar algunas importantes novedades en el acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en torno a los DESCAs, que entre otras cosas, en el ámbito del “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, la Corte IDH ha reconocido como “autónomos y justiciables” a importantísimos derechos como los relativos *al ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural*, todos los cuales han sido catalogados por el Tribunal Interamericano como “autónomos y justiciables” en el contexto del citado art. 26 de la CADH.

El epílogo contendrá un puñado de apreciaciones conclusivas que se acoplarán a otras ya contenidas en el cuerpo de esta contribución.

2. Prejuicios y supuestas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales

2.1. Preliminar

Inicialmente debemos reiterar que carecen de sustento y asidero las pretendidas diferencias estructurales que, según se ha postulado desde algunos sectores doctrinarios, mediarían entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (más recientemente, también ambientales), que exigirían visualizarlos como categorías de derechos necesariamente diversas.

Desde nuestro punto de mira, no existen disimilitudes categoriales ni cualitativas entre sí.

2.2. Desechando preconceptos

Para recrear mediante formulaciones antinómicas algunas de tales supuestas diferencias orgánicas (que negamos) y otros preconceptos en torno a los derechos sociales (todos aquellos con una pátina de

anacronismo), mencionaremos las siguientes tres a simple modo de muestra¹, advirtiendo que en cada uno de los primeros enunciados hacemos referencia a los derechos civiles y políticos y en los segundos, a los DESC: **i)** derechos perfectos vs. derechos imperfectos; **ii)** derechos que solo demandan del Estado una conducta de abstención vs. derechos que reclaman acciones positivas; y **iii)** derechos que no requieren erogaciones del Estado vs. derechos prestacionales.

Como puede suponerse, las categorizaciones diferenciales que se han empleado son muy numerosas y aquí nos hemos limitado a enunciar ilustrativamente algunas de ellas². Ninguna es consistente ni decisiva.

A) En cuanto a la primera, si la presunta imperfección o debilidad intrínseca se conecta con inconsistencias estructurales de los DESC que los tornan insusceptibles de ser reclamados judicialmente, siempre existe, al menos, una faceta de exigibilidad judicial del derecho en cuestión para evitar que se diluya su núcleo elemental.

1 Por supuesto, hay muchos más prejuicios, objeciones y minimizaciones respecto de los derechos sociales. Por ejemplo, Rossetti identifica los siguientes “doce mitos” en torno a estos derechos, explicando por qué resultan incorrectos: i) No son derechos humanos (o no son “verdaderos” derechos humanos); ii) son menos importantes (respecto de los derechos civiles y políticos); iii) son “solamente” derechos de prestación; iv) son mucho más costosos que aquéllos; v) no son universales; vi) son programáticos; vii) no pueden ser asegurados por la legislación; viii) no son exigibles; ix) comportan “mandatos” para políticas públicas y los jueces no pueden hacer política; x) en ellos la “conducta debida” no es claramente determinable; xi) son incompatibles con el libre mercado; y xii) no deben ser constitucionalizados (Andrés ROSSETTI, “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti [eds.], *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, N° 13, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 112 y ss.).

2 Solo por citar algún autor que trata ciertos elementos diferenciales, y bajo el título de “Taking Economic Rights Seriously” (capítulo 6), Wellman se refiere a determinadas dificultades interrelacionadas en la teoría de los derechos económicos, aludiendo a: la de escasez de recursos (“scarce resources”), la de especificación de su contenido (“specifying content”), la de identificación de los segundos obligados (“identifying second parties”) y la de localización del título que confiere el derecho (“locating the title”) [Carl WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 105 y ss.].

Desde luego, con ser importante la vía procesal para procurar la tutela de los DESC ella no es la única opción tuitiva. Por último, ontológicamente los derechos sociales son tan derechos como los civiles y políticos, reconducibles ambos en última instancia a la dignidad humana que es solo una también.

- B)** Del mismo modo, carece de fundamento predicar que solamente los DESC requerirían acciones positivas de parte del Estado, pues los civiles y políticos también las demandan, ya que, de lo contrario, bastaría una mera inacción estatal (abstención) para que estos quedaran abastecidos, lo que lejos está de ser razonable y suficiente *vis-à-vis* las crecientes exigencias del Estado Constitucional y Convencional y los propios compromisos internacionalmente asumidos por los países.
- C)** En punto a la tercera cuestión, ligada a la segunda, comenzaremos con un ejemplo asociado por antonomasia a los *derechos civiles*: la efectividad del *derecho a la vida*.

579

Como ha puesto en evidencia Ansuátegui Roig, la eficacia protectoria de tal derecho no solo exige la ausencia de agresiones, sino que requiere “la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tiene[n] que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad”³.

De su lado, por lo que toca a los *derechos sociales*, no todos ellos demandan prestaciones positivas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Resumiendo, los tipos de derechos civiles y políticos, de una parte, y de DESC por la otra, no son respectivamente intercambiables por los de derechos de abstención y derechos de prestación. La cuestión es mucho menos lineal y ciertamente más compleja.

3 Francisco J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (eds.), cit., p. 56.

A esta altura de la indagación, cabría preguntarnos: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos por ejemplo, respecto de los civiles, la necesidad de implementar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio⁴.

Como han afirmado Sunstein y Holmes, “[e]l costo de los derechos no solo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”⁵.

580

En síntesis, siguiendo a Hierro, *la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa*⁶. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado Constitucional y Convencional, también lo son.

Y en esta dinámica de costos y prestaciones participan –en mayores o menores medidas y tenor de exigencia– todos los derechos, con

4 Al referirse a lo que denomina “derechos a prestaciones (en sentido amplio)”, Alexy identifica tres grupos: i) derechos a protección; ii) derechos a organización y procedimiento; y iii) derechos a prestaciones en sentido estricto (Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 430 y ss.).

Respecto de los “derechos a prestaciones en sentido estricto”, a los que llama derechos sociales fundamentales, los distingue entre “derechos a prestaciones explícitamente estatuidos” y “derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente” (*ibid.*, pp. 482 y ss.).

5 Stephen HOLMES y Cass R. SUNSTEIN, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011, p. 246.

6 Liborio L. HIERRO, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante, p. 252, nota 5.

independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales, y culturales.

A propósito de tal cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos, y para cerrar este breve apartado, traemos a colación a Comanducci quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, “la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia”⁷ —cursivas del original—.

3. Los derechos sociales como lo que son: genuinos derechos

3.1. Universalidad de los derechos e integralidad de su protección

581

Aunque pueda resultar obvio, debe recalcarse que *los derechos económicos, sociales y culturales (ambientales también) no son derechos “de segunda calidad” en comparación con los civiles y políticos.*

Evidentemente, y como anticipábamos en el apartado anterior, no han faltado voces que califican a los primeros como derechos incompletos. A la luz del grado de evolución que hoy presenta el derecho internacional de los derechos humanos, una minusvaloración de ese talante resulta injustificable.

Ya la Proclamación de Teherán, documento final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán, 13 de mayo de 1968), en su párrafo 13 determinaba: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles*, *la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta*

⁷ Paolo COMANDUCCI, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010, p. 40.

imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” –énfasis agregado–.

A su tiempo, la Resolución 32/130 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 1977⁸ (luego de la entrada en vigor de los Pactos de DCP y de DESC de 1966⁹), relativa a los “Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, decidió que el enfoque respecto de las cuestiones de derechos humanos debería tener en cuenta, entre otros conceptos, que “*todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes*” debiendo “*prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales*”, estableciendo como prioridad la promoción de “*la dignidad plena de la persona humana* y el desarrollo y el bienestar de la sociedad” –remarcados añadidos–.

582

Por su parte, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹⁰ (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos*, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”¹¹. Coincidentemente, el párrafo 5 de

8 A/RES/32/130, 105ª sesión plenaria.

9 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 23 de marzo de 1976; mientras que el segundo adquirió vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con su art. 27, o sea, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que fue depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de la ONU.

10 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

11 Parte II, párr. 98, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena. Además, vale mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como

dicha Declaración y Programa expresa: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*” –énfasis nuestro–.

Así entonces, y a partir del *carácter integral de los derechos*, es necesario asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales (también ambientales). En otras palabras, la repetida prédica acerca de la *indivisibilidad de los derechos humanos* se desustancializa si no se toma también en serio la *indivisibilidad de sus medios de amparo y realización*.

583

Lejos de existir diferencias categoriales o de fondo entre los DCP y los DESC, ambos se vigorizan recíprocamente. Sobre el punto, por ejemplo, la Declaración sobre el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/63/116, de 10 de diciembre de 2008, determina: “Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas, ... [r]eafirmamos nuestro compromiso con la realización plena de cada uno de los derechos humanos de todos, que son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y *se refuerzan mutuamente*” –subrayado adicionado–.

3.2. La juridicidad y la justiciabilidad de los DESC

Es igualmente preciso tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es consecuencia de que estos sean derechos genuinos y por

aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

tanto cuenten con materialidad jurídica, y no que sean visualizados como meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real.

Como hipótesis de mínima, cabe admitir que los derechos sociales *presentan alguna dimensión de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto este que se perfila como un peculiar reto para el Estado Constitucional y Convencional y un bien entendido activismo judicial, es decir, una labor dinámica de la magistratura jurisdiccional comprometida con los principios y valores constitucionales, la lucha por la cabal protección de los derechos humanos tanto de fuente interna como de cuño internacional, la preservación de la institucionalidad democrática y la realización de la justicia social.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los DCP] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”¹².

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que este es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó *per se* un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados Partes,

12 Nos referimos a lo sostenido en el párr. 10 in fine de tal O.G. (sobre *justiciabilidad*).

el ECOSOC procedió a crear el Comité mediante la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Sobre el papel que ha jugado tal Comité, que es un órgano subsidiario del ECOSOC, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquél¹³, que se reunió por primera vez en 1987.

Acerca de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado tradicionalmente en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución con la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, aprobado por unanimidad el 10 de diciembre de 2008, mediante Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de la ONU.

Dicho Protocolo adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU, en los términos del art. 18¹⁴ del Protocolo. Ello ocurrió el 5 de mayo de 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay que la plasmó el 3 de febrero de ese año.

585

El Protocolo Facultativo del PIDESC es un protocolo adicional en el que *se establecen mecanismos de denuncia e investigación* para el PIDESC. Como anticipábamos, el Protocolo Facultativo implementa un mecanismo de denuncias individuales para el PIDESC similares a las del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el

13 Matthew CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

14 Tal cláusula establece:

- “1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión”.

art. 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

En otro orden, cabe mencionar que la llamada Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, en el año 2000. proyecta 17 Objetivos (por ejemplo, “fin de la pobreza”, “hambre cero”), con 169 metas de carácter integrado e indivisible que comprenden los planos económicos, sociales y ambientales.

4. Los derechos sociales como prerequisites para el disfrute de ciertos derechos civiles y políticos

4.1. La “precondicionalidad” de determinados derechos sociales

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión, al menos en Latinoamérica.

586

De hecho, muchos de ellos son *prerequisites* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de papel”, tema al que regresaremos en el punto siguiente.

Como *mutatis mutandis* puntualiza Ferrajoli, “los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información”¹⁵ –remarcado agregado–.

15 Luigi FERRAJOLI, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, 2006, p. 19.

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹⁶.

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la pretendida consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir¹⁷.

Añade que no es precisamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social¹⁸.

4.2. Los DESC no son, ni pueden ser, “derechos de papel”

En relación con los “derechos de papel”, y más allá de las referencias a la postura de Ferrajoli¹⁹ efectuadas *supra* –cuya perspectiva compar-

16 Carlos S. NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

17 Luis PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2001, pp. 66-67.

18 *Ibid.*, p. 67.

19 Luigi FERRAJOLI, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, op. cit. en nota 15, pp. 15-31.

timos–, mencionaremos a continuación otras muestras autorales meramente ejemplificativas, de las que, en ciertos aspectos, discrepamos, pero que igualmente traemos a colación aquí para que la presentación de este tópico sea lo más abarcativa posible.

En ese sentido, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Sostiene, según nuestra traducción del inglés: “Acepté la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘*derechos de papel*’, derechos proclamados en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal”²⁰ –cursivas agregadas–.

A su tiempo, Guastini se refiere a «‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’». Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: *i*) son susceptibles de tutela jurisdiccional; *ii*) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y *iii*) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Tal autor mantiene que *los derechos sociales (como los derechos morales) son derechos “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador*, aunque este –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de

20 Carl WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., por ejemplo, en p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”.

Allí dice: “..., I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘paper rights’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system” –énfasis añadido–.

que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción²¹ —énfasis añadidos—.

Nos distanciamos de estas y otras lecturas doctrinarias que ven a los DESC como “derechos de papel” o “derechos sobre el papel” sin ninguna posibilidad de ser justiciables, aunque, desde luego, entendemos las diferencias que en la materia median entre algunos marcos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Adicionalmente, y en particular acerca de la posición del autor italiano aludido en último término en punto a la imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia, y siempre teniendo en cuenta las disonancias jurídicas contextuales, por nuestra parte pensamos que, al menos en el arco latinoamericano, el órgano de justicia constitucional competente *sí tiene a su alcance ciertas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales*²².

Es que, por una parte, la Constitución puede recibir agresiones activas u *omisivas*. En otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o *por omisión*, con lo cual quedan bloqueadas su supremacía y su fuerza normativa, fundamentos esenciales del control de constitucionalidad. Precisamente un modelo de control constitucional que solo pudiera fiscalizar la constitucionalidad de *productos normativos* (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) sería fragmentario e insuficiente.

589

De su lado, el deber que pesa sobre la justicia constitucional en punto a materializar el *efecto útil* de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) y no contrariar su *objeto y fin*; la *especial naturaleza* que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de principios iusinternacionales sustanciales:

21 Riccardo GUASTINI, “Derechos: una contribución analítica”, trad. de Andrea Greppi, en *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpr., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 220-221 y 223-224.

22 Ver al respecto, el libro de Víctor BAZÁN, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2017, *passim*.

pacta sunt servanda, *bona fide* e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ccds. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²³); la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*; y fundamentalmente en el plano de América Latina, la obligación de los jueces y demás autoridades en cuanto a realizar *control de convencionalidad*²⁴ por mandato jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que a nuestro juicio habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia constitucional a ejercer control no solo sobre las normas y prácticas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino también en torno a *omisiones o inercias*²⁵ que impidan o mediaten la efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del (de los) derecho(s) involucrado(s) en la cuestión.

590

Por lo demás, y pese al riesgo de caer en repeticiones, no cabría por un lado, predicar ampulosamente la *universalidad*, la *interdependencia* y la *indivisibilidad de [todos] los derechos humanos*; y por el otro, consentir que solo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Si los derechos

23 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

24 Al respecto ver Víctor BAZÁN (Director), “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, en *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020, pp. 3-80.

25 El Tribunal Interamericano ha sentado el criterio relativo a que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de estos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” –cursivas añadidas– (Corte IDH, entre muchos otros pronunciamientos: “Caso Baldeón García vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párr. 81; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párrs. 108 y 110; y “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 71).

humanos son *integrales y universales*, su protección también debe ser *holística*, con independencia de que se trate de DCP o de DESC.

5. Progresividad y proscripción de regresividad injustificada

5.1. Lineamientos generales

En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia el título de este apartado, vale insistir en que los caracteres esenciales de los derechos humanos llevan a dudar de la sustentabilidad jurídica de su división en “generaciones”.

No debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos –DCP– no legitima la denegación de otros –DESC– (ver, v. gr., la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986²⁶), *pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribde de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros*.

591

El Preámbulo de tal Declaración dice en su parte pertinente: “[...] considerando que *todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos

26 De hecho, un tramo de su Preámbulo expresa que: “...*todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales*” –remarcados agregados–.

derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales...” –re-marcado nuestro–.

Tomando estos y otros insumos como matriz de despegue y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es solo simbólica*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real*.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población²⁷.

592

Vale recordar, por ejemplo, que en la O.G. N° 3 (‘La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párr. 1, art. 2, PIDESC]’), de 14 de diciembre de 1990, el Comité de DESC ha puntualizado claramente que las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

Conviene acotar aquí que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH.

27 Christian COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

De todas maneras, Courtis sostiene –creemos que atinadamente– que además de referirse a los DESC, la *prohibición de regresividad* también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en esta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibid.*²⁸

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente, o a través de medidas de otro carácter, el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo, lo que implica, a su vez, *la prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Pacto*. Para el autor citado, ello significa la *consagración de la prohibición de regresividad normativa* [tema que retomaremos], al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH²⁹.

Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29, que recogen en gran medida el principio *pro persona*, el doctrinario aludido asevera que de ellas puede decirse genéricamente que *prohiben un empleo regresivo de la CADH*; puntualizando también –entre otras consideraciones– que esta Convención no puede ser excusa para *empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte*³⁰.

5.2. Progresividad y “reserva de lo financieramente posible”

En el plano de las *omisiones legislativas* y frente al argumento que doctrinariamente se ofrece en punto a que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito [sobre aquellas pretericiones] comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias

28 *Ibid.*, pp. 13-14.

29 *Ibid.*, p. 15.

30 Ídem.

del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”³¹, Pisarello y De Cabo –a nuestro juicio, atinadamente– discrepan de semejante visión.

Al respecto, y en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto *supra*, plantean que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la completa desvinculación jurídica del legislador. Es que –agregan– cuando una *omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales*, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión³² (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance³³.

594

Los puntos abordados conectan, como anticipábamos, con la aludida tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales* (*Wesensgehalt según la terminología alemana*) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha variado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho*³⁴.

Y es precisamente, con el telón de fondo descrito, que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el contexto interno deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente

31 Gerardo PISARELLO y Antonio DE CABO, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 1823.

32 Ídem.

33 Ibid., p. 1824.

34 Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagradoras de los DESC*.

En relación con tal asunto, es evidente que el principio de progresividad y la “reserva de lo financieramente posible” *en modo alguno pueden afectar la juridicidad ni la justiciabilidad de los DESC*, que son auténticos derechos. En otras palabras, aquellas pautas no podrían [válidamente] dejarlos sin sustento materialmente jurídico ni despojarlos de su viabilidad jurisdiccional.

5.3. Justiciabilidad del incumplimiento de la progresividad exigida y/o de la inobservancia de la proscripción de dictado injustificado de medidas retrocesivas en materia de políticas públicas

Conviene recordar inicialmente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha considerado que, para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”³⁵.

595

Asimismo, en la importante sentencia recaída en el “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la Corte IDH ha concluido que *la regresividad resulta justiciable*³⁶ cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Sobre este tópico, tal como anticipáramos y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas en el campo de los DESC, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para demostrar, respectivamente, la

35 Comisión IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

36 Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 103.

idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado. Más adelante retornaremos a este tema.

De manera coincidente, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha sostenido que *son los Estados quienes principalmente tienen que probar que las medidas de austeridad propuestas están en consonancia con sus obligaciones de derechos humanos*. Para llegar a tal conclusión se asienta en³⁷:

- El *Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, órgano que en su período extraordinario de sesiones de 2009 afirmó que “*las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos*”³⁸;
- También en 2009, el *Comité Europeo de Derechos Sociales* (CEDS) declaró que “*la crisis económica no debe tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta [Social Europea]*. Por lo tanto, *los gobiernos están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta estén garantizados de manera efectiva en aquellos períodos en que los beneficiarios necesitan mayor protección*”³⁹; y
- El citado *Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, ya en 2012, acogió con beneplácito una nueva serie de principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos, que estipula que *los gobiernos tienen la obligación de garantizar la primacía*

37 Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, CommDH/IssuePaper(2013)2, p. 22; Fuente: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2430934&SecMode=1&DocId=2088902&Usage=2>.

38 Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-10/1, “The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights”, párr. 5 (idem nota anterior).

39 CEDS, Conclusions 2009, Vol. I, párr. 17 (loc. cit. en nota 37).

*de los derechos humanos cuando toman decisiones sobre obtención y concesión de préstamos*⁴⁰ –en todos los casos los remarcados han sido añadidos–.

Se han distinguido dos nociones posibles de regresividad o bien dos campos de aplicación posible de la noción general de aquella⁴¹:

- i. *Regresividad de resultados*: cuando la *noción de regresividad se aplica a los resultados de una política pública*. En ese sentido, la política pública desarrollada por el Estado *es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro*. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas; y
- ii. *Regresividad normativa*: cuando la *noción de regresividad se aplica a normas jurídicas*, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma. En este sentido –no empírico sino normativo– *para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que esta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior*.

597

Adicionalmente vale traer a colación el aporte de Jimena Quesada, para quien la implementación de políticas públicas debe ir de la mano de la efectividad jurídica de los derechos correspondientes, para evitar la impresión ciudadana según la cual debemos resignarnos a asumir despilfarro económico, irresponsabilidad jurídica e inexigibilidad jurídica⁴².

40 Informe del experto independiente de la ONU, Cephas Lumina, sobre la deuda externa, 10 de abril de 2011, A/HRC/20/23 (loc. cit. en nota 37).

41 Christian COURTIS, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, op. cit., pp. 3-4.

42 Luis JIMENA QUESADA, “La inclusión y la cohesión sociales: una visión en clave de efectividad de derechos humanos”, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, II Jornadas del Ararteko sobre Políticas Públicas, Ararteko, Vitoria - Gasteiz, 2012, p. 149; disponible en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2879_3.pdf.

5.4. Control social y democrático

Íntimamente relacionado con lo anterior, se observa que una genuina *rendición de cuentas* por parte de las autoridades públicas cumpliría en el particular un rol muy importante para que la sociedad civil estuviera en condiciones de controlar democráticamente el curso de la gestión pública y la razonabilidad del esquema de prioridades que el Estado maneja en materia de políticas públicas para la protección y la realización de los DESCA.

Es que, como con contundencia y claridad ha asegurado la Corte IDH, “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los *principios de publicidad y transparencia en la gestión pública*, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el *control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El *acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social* que se puede ejercer con dicho acceso”⁴³. El Tribunal ha añadido que “...[e]l *control democrático*, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, *fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública...*”⁴⁴ –en ambos casos el énfasis ha sido agregado–.

Entendemos que *Estado Constitucional y Convencional* –por una parte– y *responsabilidad* –por la otra– son conceptos correlativos, lo que supone procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos, y obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de Derecho es el sometimiento de todo el poder al Derecho, surgido de la Constitución y legitimado democráticamente⁴⁵.

43 Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 86.

44 Ibid., párr. 87.

45 Ver la obra de Víctor BAZÁN, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador, Quito, 2009, p. 38.

En otras palabras, es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles —ejercicio de simplificación mediante— a una suerte de *accountability*, término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la expresión “rendición de cuentas”. No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que solo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios, transparentes e independientes de los órganos controlados; entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar *el control social o ciudadano* de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la transparencia y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas⁴⁶ en un ámbito tan sensible como el de los DESC, intrínsecamente consustanciado con la dignidad de la persona humana.

En ese terreno, entes como las defensorías del pueblo (o la denominación que se le asigne al instituto en cada Estado) y las ONG de derechos humanos pueden y deben jugar un papel relevante en la supervisión de las políticas públicas y de las pautas de ajuste que hubiere adoptado el gobierno en cuestión durante tales épocas críticas, coadyuvando a evaluar sistemáticamente su repercusión real en el plano de los derechos esenciales de la población comprometida.

599

Por lo demás, y si las aludidas instituciones contasen con suficiente legitimación procesal podrían, *inter alia*, plantear ante los tribunales las pertinentes demandas por violaciones a los derechos humanos provocadas por las medidas de austeridad, o efectuar presentaciones en calidad de *amici curiae* acercando argumentos de hecho y derecho a los magistrados encargados de revisar jurisdiccionalmente las políticas fiscales, en orden a enriquecer cualitativamente el arsenal de elementos analíticos con que ellos cuentan a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos y los estándares forjados por los órganos

46 Ídem.

jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de tales cuerpos normativos iusinternacionales⁴⁷.

6. Los derechos sociales y los límites a sus restricciones en épocas críticas

6.1. El Comité de DESC, las medidas deliberadamente retrocesivas y la carga de la prueba

Con acierto se ha puntualizado que en momentos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que, por el contrario, tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”⁴⁸ —énfasis agregado—.

600

De hecho, el Comité de DESC ha insistido en este punto, más allá de la nombrada O.G. N° 3. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las OO.GG. N° 13 (1999), párr. 45⁴⁹; N° 14 (2000), párr. 32⁵⁰;

47 Sobre el tema, y entre otros trabajos de Víctor Bazán, pueden revisarse: “Amicus curiae, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista de Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus - América Latina*, N° 2, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, Italia, 19 de diciembre de 2014, Fuente: http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica; o con algunas modificaciones, “Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México D.F., 2014, pp. 31-57.

48 Jaume SAURA ESTAPÀ, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14; Fuente: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf.

49 Comité de DESC, O.G. N° 13, ‘El derecho a la educación (art. 13, PIDESC)’, 21° período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

50 Comité de DESC, O.G. N° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, PIDESC)’, 22° período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

Nº 15 (2002), párr. 19⁵¹; Nº 17 (2005), párr. 27⁵²; Nº 18 (2005), párr. 21⁵³; Nº 19 (2007), párr. 42⁵⁴; y Nº 21 (2009), párr. 46⁵⁵.

En ese sentido, si tomáramos como muestra el párr. 42 de la O.G. Nº 19, ha afirmado (las cursivas son agregadas): “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. *Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte*”⁵⁶.

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha dicho que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e

51 Comité de DESC, O.G. Nº 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29º período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

52 Comité de DESC, O.G. Nº 17, “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) [ap. ‘c’, párr. 1, art. 15, PIDESC]”, 35º período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

53 Comité de DESC, O.G. Nº 18, ‘Derecho al trabajo (art. 6, PIDESC)’, 35º período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

54 Comité de DESC, O.G. Nº 19, ‘El derecho a la seguridad social (art. 9, PIDESC)’, 39º período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

55 Comité de DESC, O.G. Nº 21, “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1.º ‘a’, PIDESC)”, 43º período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

56 Dicho párrafo se complementa con el siguiente texto: “El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

internacional en materia de protección de los derechos sociales. *La crisis no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas* –énfasis añadido–, ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”⁵⁷.

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC, entre otras cuestiones, el Comité de DESC⁵⁸ instó a dicho país a que, en virtud del *principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adoptase las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los DESC un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos*. Asimismo, le recomendó que tomara las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le recomendó *garantizar que todas las medidas de austeridad adoptadas identificasen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y tomar todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados*.

Es importante subrayar que al establecer las recomendaciones sobre España en relación con el citado informe periódico de ese país, el Comité de DESC dirigió una carta abierta a todos los Estados Partes del PIDESC⁵⁹, donde planteó los criterios que las políticas de austeridad y otras políticas asumidas por los Estados en tiempos de crisis económica debían respetar para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Pacto. En

57 Manuel TEROL BECERRA y Luis JIMENA QUESADA [dirs.], *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19-20.

58 ONU, Consejo Económico y Social, E/C.12/ESP/CO/5, Distr. General 6 de junio de 2012, Original: español, Comité de DESC, 48º período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - España”.

59 Comité de DESC, ‘Carta abierta a los Estados Partes’ [del PIDESC], 48º período de sesiones, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

síntesis, expuso que cualquier cambio o ajuste de política propuesto tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe ser una medida temporal que abarque solo el período de la crisis;
2. Debe ser necesaria y proporcionada, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más perjudicial para los DESC;
3. No debe ser discriminatoria y comprende todas las medidas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar las transferencias sociales y mitigar las desigualdades que pueden crecer en tiempos de crisis y para garantizar que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no sean afectados de manera desproporcionada; y
4. Debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos, o un piso de protección social, según lo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, y asegurar la protección de este contenido básico en todo momento.

603

6.2. En torno a los grupos y personas en situación de vulnerabilidad

Justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más frágiles e hiposuficientes*, entre los que se cuentan (ejemplificativamente y en lo pertinente teniendo en cuenta la realidad de cada país) niños y niñas, mujeres, trabajadores migrantes, ancianos, personas con discapacidad, pobres e indigentes, desplazados forzosos, minorías, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, etcétera.

Los gobiernos deben evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales que implementan en tiempos de austeridad y ajustes producen en sensibles materias como la igualdad, la no discriminación y los derechos fundamentales.

Es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en la esfera de los DESC *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que estos pueden provocar en las comunidades más postergadas.

Al respecto, de los aps. 10 a 12 de la citada O.G. N° 3 del Comité de DESC se desprenden ciertas circunstancias dignas de ser enunciadas. Así, se verifica que:

- Corresponde a cada Estado Parte una *obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos* (ap. 10);
- Si el PIDESC se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, *carecería en gran medida de su razón de ser* (id. ap.);
- Toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata, y que las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe *demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas* (id. ap.);
- Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, *sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes* (ap. 11);
- De ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las *obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción* (id. ap.); y

- *Aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (ap. 12).*

Mutatis mutandis, la Corte IDH⁶⁰ ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos⁶¹; añadiendo que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*⁶².

60 Sobre este y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán por ejemplo en: “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, Víctor Bazán (Director), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257-300; y “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149.

61 Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 103.

62 Ídem. En línea convergente a las últimas consideraciones volcadas en el aludido “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier poder u órgano de estos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional*” –cursivas añadidas– (Corte IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú”, cit., párr. 81).

7. Acerca de la sostenibilidad fiscal y la protección de los derechos sociales

7.1. Introito

Desde luego que Colombia no es la única muestra que ofrece el derecho comparado en punto a la introducción por vía constitucional o legal del principio o criterio de la sostenibilidad fiscal⁶³.

Solo lo tomamos aquí como caso testigo ante la relativamente reciente inclusión en su Constitución Política (CP) del llamado marco de sostenibilidad fiscal (SF) y la creación de un incidente de impacto fiscal (IIF), cuestiones respecto de las cuales nos detendremos para examinar cómo han funcionado hasta ahora y qué efectos producen o pueden producir en relación con la protección de los DESC.

Debe advertirse que la SF no es un tema nuevo en Colombia. Lo novedoso es su inclusión expresa en la CP, ya que hasta el momento en que ello ocurrió (Acto Legislativo N° 3 de 2011) las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes⁶⁴.

63 Se observan antecedentes al respecto, por ejemplo, en Alemania y Brasil.

64 En efecto, de acuerdo con lo reseñado por la Sala Plena de la C.C., en la Sentencia C-132/12, de 29 de febrero de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la inclusión de la *sostenibilidad* en la Constitución configura un paso más en la evolución normativa del tema en Colombia, por lo que no se trataría en realidad de un aspecto novedoso. Siguiendo el *racconto* secuencial de la C.C., el primer antecedente normativo de la sostenibilidad fiscal se encuentra en la Ley 358 de 1997, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, conocida también como “ley de los semáforos”, texto normativo que establece límites al endeudamiento de las entidades territoriales, a efectos de que no excedan su capacidad de pago. Un segundo antecedente es la Ley 617 de 2000, conocida como “Ley de responsabilidad fiscal territorial”, la cual se profirió con miras a la racionalización de los fiscos departamentales, municipales y distritales, mediante la clasificación de las entidades territoriales en categorías presupuestales y el establecimiento de topes máximos para sus gastos de funcionamiento.

Posteriormente, se expidió la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual obliga al Gobierno Nacional a presentar ante el Congreso de la República un Marco Fiscal de Mediano Plazo el cual contendría, como mínimo: i) un Plan Financiero; ii) un programa macroeconómico plurianual; iii) las metas de superávit primario, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad; iv) un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior; v) una evaluación de

7.2. Innovación constitucional

Como anticipáramos, en el contexto jurídico colombiano y por medio del Acto Legislativo N° 3 de 2011, se modificó el art. 334 de la CP. La nueva redacción de esta cláusula quedó configurada de la siguiente manera:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir *en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

607

”El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, *de manera progresiva*, que todas

las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público; vi) una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; vii) el costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; y viii) una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación.

En cuanto a normativa más reciente, pueden incluirse (siempre según la C.C.) a la “Ley de víctimas” (*Ley 1.448 de 2011*), en la que establece la sostenibilidad en su art. 19; la Ley 1.454 de 2011, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, se establece a la sostenibilidad fiscal en términos de “principio rector del ordenamiento territorial”; y la Ley 1.473 de 2011, que específicamente consagra y desarrolla una regla fiscal en su art. 1, que dice: “La presente ley tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país”.

Entre otros puntos, la sentencia aquí colacionada señala que, como puede apreciarse en el ámbito legal colombiano existen numerosas leyes, sean ordinarias u orgánicas, que estipulan reglas fiscales encaminadas a: i) sanear las finanzas públicas, en especial, aquellas de las entidades territoriales; ii) imponer obligaciones al Gobierno Nacional al momento de elaborar el presupuesto nacional; iii) racionalizar el gasto público; y, en definitiva, iv) lograr niveles de sostenibilidad fiscal.

las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

”La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

608

A continuación la norma presenta el siguiente “Parágrafo”:

“Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” –en todos los casos las cursivas han sido agregadas–.

Asimismo, se reformaron los respectivos incisos primero del art. 339 y del art. 346 introduciendo sendas alusiones al marco de sostenibilidad fiscal.

En consecuencia, dicha innovación constitucional dio vida a dos institutos: *i)* El *marco de sostenibilidad fiscal*; y *ii)* el *incidente de impacto fiscal*.

La Ley 1.695 de 2013⁶⁵ desarrolló el procedimiento y los efectos de la resolución del IIF, determinando en su art. 3 –en relación con la

65 Publicada en el *Diario Oficial de Colombia* el 17 de diciembre de 2013.

competencia– que conocerá del incidente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional [C.C.] o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la Alta Corporación que presentó la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.

A modo de aclaración, la expresión “Altas Cortes” hace referencia a los órganos aludidos en tal cláusula legal: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

7.3. Jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional sobre los institutos en cuestión

A) Cabe resaltar que ya antes del dictado de tal ley la C.C. se había pronunciado sobre el mentado incidente –también respecto de la SF– en dos importantes decisorios: las Sentencias C-288 de 2012⁶⁶ y C-1.052 de 2012⁶⁷, en las cuales identificó varios elementos que permiten evidenciar su contenido y alcances, a partir del análisis sistemático del art. 334 del Texto Superior con las demás normas constitucionales.

609

En la Sentencia C-288 de 2012, la C.C. sostuvo respecto de la SF que:

- Es una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal, que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Se trata de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución;

66 Sala Plena de la C.C., 18 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

67 Sala Plena de la C.C., 5 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- Es uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, en tanto que su objetivo (mantener un equilibrio en la relación ingreso y gasto público), se adicionó a otros propósitos existentes y no reformados por el Acto Legislativo N° 3 de 2011, como son, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y la preservación de un ambiente sano;
- Su objetivo constitucional es fungir como *instrumento* para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. No tiene el alcance de un derecho colectivo y menos aún de un principio constitucional, que deba ponderarse y optimizarse en relación con los demás principios previstos en la Carta;
- Se le otorgó la calidad de *criterio orientador*, por virtud del cual su exigibilidad debe guiar a todas las ramas y órganos del poder público, en el ejercicio de sus competencias, dentro de un marco de colaboración armónica, lo cual –según el criterio de la C.C.– descarta la existencia de un carácter *coactivo* en la aplicación de la SF;
- Se somete a una cláusula prohibitiva, conforme a la cual: “en cualquier caso el gasto público social será prioritario”, lo que implica la existencia de una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía; y
- La SF también opera en el ámbito presupuestal y de planeación, con miras a exigir que en la elaboración de los citados documentos que delimitan el quehacer de la hacienda pública, se preserven los objetivos que lo identifican y se guarde coherencia en el manejo de la política fiscal del Estado.

Por su parte, de la conjugación de las citadas Sentencias C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012⁶⁸ pueden entresacarse algunos perfiles y aspectos del IIF, a saber:

- Que la regulación sobre el IIF le corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de su amplia potestad de configuración normativa. No obstante, como consecuencia de las pautas previstas en la Constitución, a dicha Corporación le corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*⁶⁹, que no puede ser subsumido por otro trámite judicial preexistente, lo que conduce a la posibilidad de que se prevean reglas particulares, específicas y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales;
- Que la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los Ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación, sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos;
- Que en cuanto a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un *espacio de interlocución* entre los servidores públicos antes referidos y las Altas Cortes, en el que se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales

68 Por supuesto, no son los únicos pronunciamientos en la materia. Así, y más allá del otro decisorio que analizaremos aquí (Sentencia C-870 de 2014), se contabilizan inter alia la Sentencia C-332/12, de 9 de mayo de 2012, Sala Plena de la C.C., M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por la que se declaró la exequibilidad [constitucionalidad] del Acto Legislativo N° 3 de 2011 por inexistencia de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa.

69 Pese a aludir a un proceso *sui generis*, la C.C. explicó que en la propia Constitución se definieron los siguientes elementos esenciales: i) la legitimación exclusiva y sin previsión de delegación a otros servidores públicos no determinados en el art. 334 de la Constitución; ii) el espacio de interlocución entre funcionarios legitimados y las Altas Cortes; iii) la carga argumentativa sobre las implicaciones fiscales de los fallos radica en los funcionarios legitimados y no puede trasladarse a las Altas Cortes; iv) el campo de acción del IIF está restringido exclusivamente a los efectos de la sentencia que son diferentes de la sentencia en sí misma considerada; v) la decisión de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos es potestativa de la Alta Corte; vi) el IIF es compatible con el principio de separación de poderes y la autonomía judicial; y vii) toda decisión que se deriva del IIF está subordinada al logro y goce efectivo de los derechos fundamentales.

consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de SF, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. En otras palabras, se otorga al IIF un carácter netamente instrumental, por medio del cual se pretende que las Altas Corporaciones de Justicia, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que pueda tener el cumplimiento de la misma y las invita a reflexionar sobre cómo lograr su observancia, en un contexto acorde con el criterio de SF;

- Que en la medida en que el incidente corresponde a un trámite instrumental de contenido procesal, se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones judiciales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que se adopten, máxime si se opta por hacer uso de las opciones de modular, diferir o modificar los efectos del fallo correspondiente;
- Que bajo la regla de que la SF es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones ya que este análisis le corresponde a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el IIF;
- Que el alcance del incidente se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo N° 3 de 2011 realiza una diferenciación entre la *decisión* adoptada en una sentencia y sus *efectos*;
- Que la posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo, por cuanto: *i*) la obligatoriedad está circunscripta al trámite del incidente; *ii*) la Alta Corporación puede decidir autónomamente

si selecciona cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido; y *iii*) se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, en cuyo caso su decisión es de obligatorio cumplimiento; y

- Que el IIF no puede despojar a las Altas Cortes de su labor de adoptar las decisiones a que haya lugar a la luz de la protección de los derechos de las personas.

B) Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014⁷⁰, obviamente posterior a la nombrada Ley 1.695 de 2013 que desarrolló los aspectos procedimentales del IIF.

Entre otros tópicos, algunos de los cuales serán referenciados *infra*, la C.C. analizó las *etapas procesales del IIF*: arts. 5 a 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013:

613

- *Etapas de presentación*: el incidente deberá formularse ante el magistrado de la Alta Corporación que actuó como ponente, dentro del término de ejecutoria del fallo. Una vez verificada su presentación en el plazo señalado, se concederá la apertura del IIF dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mandato que pretende optimizar la regla constitucional, conforme a la cual es obligatorio el trámite del IIF. Por ello, si el mismo se presenta de forma extemporánea se procederá a su rechazo, decisión que es susceptible del recurso de reposición;
- *Etapas de sustentación*: para ella se prevé un plazo de treinta (30) días. Si no se cumple con esta obligación, se declarará desierta. La sustentación del incidente debe dar cuenta de: *i*) las “posibles” consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas; *ii*) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias; y *iii*) los planes concretos para

70 Sala Plena de la C.C., 13 de noviembre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de SF. Asimismo, se exige que el incidente se acompañe con un concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público;

- *Etapas de admisibilidad:* se expresa en la posibilidad de adoptar las siguientes decisiones: admitir, inadmitir o rechazar el IIF. La *admisión* se decretará siempre que una vez presentado y sustentado el citado instrumento, se reúnan los requisitos señalados, mediante auto que no tendrá recursos; la *inadmisión* se dispondrá cuando no se cumplan las exigencias previstas en la ley, caso en el cual, en el auto respectivo, se incluirá una relación de los elementos que requieren mayor detalle, los que la Corporación correspondiente considere ausentes o la información que estime relevante, para que se aporten en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación; y el *rechazo* se ordenará cuando, habiendo sido inadmitido el incidente, se omitiere cumplir con la obligación de corregirlo en la oportunidad señalada;
- *Etapas de la audiencia de impacto fiscal:* es obligatoria la asistencia de todas las partes, aunque solo se exige: *i)* la explicación del solicitante sobre “las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento”; y *ii)* la conceptualización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la materia; y
- *Etapas de decisión:* dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia, se adoptará la *decisión* sobre el incidente, en la que, con plena autonomía, las Altas Cortes deberán decidir si procede o no la pretensión de modular, modificar o diferir los efectos del fallo, sin que puedan cambiar su sentido, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Asimismo pueden rescatarse otros elementos significativos del fallo que tratamos. Por ejemplo:

- Que la intención del Constituyente de que la SF y, por ende, el IIF, debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no solo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino desde una perspectiva integral referente a todo su contenido normativo, por lo que existe un expreso y manifiesto mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales frente al alcance en general de la SF;
- Que el IIF es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la SF;
- Que por su propia naturaleza, el IIF debe someterse a un proceso *sui generis*, en el que el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, destacándose entre ellos: *i*) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; *ii*) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo; y *iii*) la imposibilidad de que el trámite del IIF menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva, lo que en el fondo es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la SF.
- Que las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad que se refieren a la *acción de tutela están sometidas a reserva de ley estatutaria*, en los términos previstos en el literal ‘a’ del art. 152 de

la CP, ya que a pesar de que el IIF responde a una naturaleza instrumental sometido a la cláusula prohibitiva de no poder menoscabar los derechos o negar su protección efectiva (art. 334 de la C.P.), su alcance tiene la potencialidad de incidir en los efectos de las decisiones adoptadas, lo cual puede afectar la operatividad de las órdenes de amparo, en perjuicio de la realización pronta y expedita de los derechos constitucionales fundamentales; y

- En definitiva, la C.C. decidió excluir la aplicación del procedimiento del IIF respecto de los juicios de amparo, motivo por el cual declaró su exequibilidad, en el entendido de que la regla de procedencia allí dispuesta respecto de dicho incidente *no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela*.

616

El punto traído a colación en último término (*no aplicabilidad del procedimiento del IIF a las acciones de tutela*) aparece como uno de los más relevantes aspectos del decisorio en cuestión.

7.4. Algunas opiniones críticas. Prospectiva

Con respecto al funcionamiento del marco de SF y en particular del IIF y su relación con la protección de derechos sociales –tópico que es el que aquí interesa particularmente–, se ha dicho que efectivamente se corre el riesgo de erosión de los derechos sociales ya que nominal y normativamente, dicho incidente *sí es una figura potencialmente restrictiva de tales derechos*, en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales (siendo que la observancia de los fallos es un componente del derecho al debido proceso), y paralelamente permite: i) modular el fallo atacado; ii) modificarlo; o iii) diferirlo⁷¹.

Para Roa Roa, el IIF constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque

71 Cfr. Manuel Quinche Ramírez, en una opinión que tuvo la gentileza de enviarnos a propósito del presente trabajo.

implica un costo muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causa una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado Social de Derecho. Además, su regulación en la Ley 1.695 de 2013, lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal que conducirá a la infra-aplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el ejecutivo⁷².

El autor citado en último término añade que el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la SF, fue aprobado sobre la base del mito del supuesto activismo judicial de la C.C. y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales⁷³.

En definitiva, el IIF en cuestión (dentro del marco de la SF) ofrece algunas dudas y aparece prospectivamente como una incógnita si el propósito de racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales terminará o no afectando negativamente a las magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad.

617

Asimismo, quedan abiertos algunos interrogantes no menores en torno a si la SF en general, y el IIF en particular, podrían menoscabar relevantes principios tuitivos de los DESC como el de progresividad y el de no regresividad injustificada.

Es también un enigma predecir si el IIF no engendrará fricciones institucionales entre la rama judicial y la rama ejecutiva, ya que,

72 Jorge E. ROA ROA, "El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales", *Serie Documentos de Trabajo*, N° 46, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, p. 2; disponible en http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales.

73 Ibid., p. 12.

para algunos autores, el incidente deteriora la autonomía del poder judicial.

Ojalá que prime la prudencia y la racionalidad para evitar que el IIF se convierta en un severo obstáculo que impida o mediatice la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. Ello implicaría entronizar una visión pura y fríamente fiscal y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, a modo de censor tendría la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESC.

Un elemento indudablemente positivo perfilado por la C.C. en la Sentencia C-870 de 2014 consiste en la *inaplicabilidad del IIF a las acciones de tutela*, sometidas a reserva de ley estatutaria.

618

Asimismo, nos parece que en toda solución que hubiera de adoptarse en relación con los incidentes de impacto fiscal las Altas Cortes intervinientes en ellos deberían hacer gala de una prudente compenetración con las premisas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo el crucial principio *pro persona*.

No debe olvidarse que los derechos fundamentales y la dignidad humana, consustancial a estos, así como también la sana pervivencia del Estado Social de Derecho (principio fundamental que se dispara desde el propio artículo inaugural de la CP), *están en juego y en serio riesgo*. Este punto nos abre el camino hacia la cuestión que abordaremos a continuación.

8. Dignidad humana, contenidos esenciales de los derechos sociales y cuestiones conexas

8.1. Mínimo vital y dignidad humana

A) Es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”⁷⁴, en

74 Luigi FERRAJOLI, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 19, tal como anticipáramos en nota 15 a pie de página.

la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque también con diferencias⁷⁵, Ferrajoli acuña el concepto de “esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –*lo que no puede ser decidido por este*– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –*lo que debe ser decidido por este*– en garantía de los derechos sociales⁷⁶.

A su tiempo, Bobbio precisa: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque esta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría (...). La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*”⁷⁷ –énfasis agregado–. Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable”, deben incluirse a ciertos

75 El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en: “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008, pp. 337-343.

76 Ver Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, Alicante, 2008, p. 209.

77 Norberto BOBBIO, *Teoría general de la política*, ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479.

derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*⁷⁸.

En su matriz de análisis, Garzón Valdés se refiere al “coto vedado”⁷⁹ o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades, debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

Al respecto, Cruz Parceró apunta que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”⁸⁰ –cursivas del original–.

B) Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*⁸¹ o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*.

620

Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht –BVerfGE–*) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

78 Michelangelo BOVERO, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

79 Como se sabe, Garzón VALDÉS toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor Juan GOYTISOLO, *Coto vedado*, 1ª ed., Seix Barral, Biblioteca Breve, Barcelona, 1985; publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

80 Juan A. CRUZ PARCERO, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, N° 4, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca [Argentina], 2004, pp. 71-98, concretamente en p. 87.

81 Un acercamiento a la cuestión, puede verse en Encarna CARMONA CUENCA, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1577-1616.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992⁸², la C.C. señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” –remarcado agregado–.

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la C.C., que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho Tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. gr., Sentencia T-338 de 2001⁸³), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011⁸⁴).

621

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*.

Así, la C.C. ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado Social de Derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no

82 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

83 Sala Sexta de Revisión de la C.C., 29 de marzo de 2001, Marco Gerardo Monroy Cabra.

84 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 25 de julio de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997⁸⁵).

De su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado “Hartz IV”⁸⁶. Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el art. 20.1, *ibid.*, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El Tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana* en conexión con el principio del *Estado social*, garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por un Tribunal Constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales⁸⁷.

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*,

85 Sala Tercera de Revisión de la C.C., 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

86 BVerfGE 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09.

El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del Bundesverfassungsgericht: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/lr20100209_1bvl000109en.html.

87 Ver Claudia Bittner, “Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, en *German Law Journal*, vol. 12, N° 11, pp. 1941-1942; Fuente: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960-Bittner%20FINAL.pdf.

bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir⁸⁸.

8.2. Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales; principio de proporcionalidad y otras cuestiones

A) En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto este no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada⁸⁹. Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación

88 Néstor OSUNA PATIÑO, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 95.

89 Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino solo una parte del mismo (vid. Juan C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 327-328).

de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello, “los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros, representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que, desde un punto de vista material, pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos, y los segundos, mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión”⁹⁰ –cursivas del original–.

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”⁹¹.

La tesis alemana del “límite a los límites” (“*Schranken-Schranke*”) se refiere, por ejemplo (y valga la tautología) a las restricciones que debe

90 Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 85-86.

91 Juan C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 142.

observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad⁹².

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” –remarcado nuestro–. En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación), pero a su vez tal regulación del ejercicio de aquéllos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española)⁹³, para evitar la excesiva restricción de esos

92 Específicamente sobre este principio, ver Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005, *passim*.

93 Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta y ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida); de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible); y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [Juan C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., pp. 332-334].

Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y *no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*”,

derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo⁹⁴.

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas⁹⁵.

626

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable solo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación⁹⁶.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos “colidentes” en ellos,

y el art. 36.4 de la Constitución suiza dispone: “*El contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable*” –énfasis agregado en ambos casos–. Por su parte, en el marco comunitario europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” –remarcado añadido–.

94 Rubén SÁNCHEZ GIL, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2007, p. 111.

95 Ibid., pp. 111-112.

96 Ibid., p. 112.

oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación⁹⁷.

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquél. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*, como una relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional⁹⁸.

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy⁹⁹ o Hesse¹⁰⁰.

B) Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del art. 21.1 de la CADH, que dispone que *la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social*, pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado que “la necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La *proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido*. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”¹⁰¹ –remarcado añadido–.

97 Ídem.

98 Ibid., p. 115.

99 Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 288.

100 Konrad HESSE, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, 1996, p. 110.

101 Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, párr. 145. También,

De hecho, el Tribunal Interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: *a)* deben estar *establecidas por ley*; *b)* deben ser *necesarias*; *c)* deben ser *proporcionales*, y *d)* deben hacerse con el fin de *lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*¹⁰².

Es también útil evocar que el Comité de DESC ha expresado: “... Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado*”¹⁰³ –énfasis agregado–.

628

El aludido Comité ha expresado también que *la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC*, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos¹⁰⁴.

Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “*adecuados*” a la *dignidad*, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párr. 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC¹⁰⁵.

mutatis mutandis, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párr. 96.

102 Corte IDH, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit. en nota anterior, párr. 144.

103 Comité de DESC, O.G. N° 8, ‘Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales’, 17° período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

104 Comité de DESC, O.G. N° 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11, PIDESC)’, 6° período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

105 Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29° período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo art. 5 titulado “Alcance de las restricciones y limitaciones”, reza: “Los Estados Partes *solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*”; y el art. 4 del PIDESC, que establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, *este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, y aunque se trate de manifestaciones de *soft law*, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal Pacto¹⁰⁶, que indican:

- En relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (art. 4, PIDESC) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no, en cambio, el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46); además de que el propósito de dicha norma no era

¹⁰⁶ Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

Las alusiones que se realizan en el texto de nuestro trabajo fueron tomadas de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional N° 12, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, Nueva York y Ginebra, 2004, Anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47);

- Con respecto a la expresión *determinadas por ley*, no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor al momento de la aplicación de la limitación (Principio 48); las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas, ni discriminatorias (Principio 49); todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50); y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51);
- En cuanto a *promover el bienestar general*, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52);
- En punto a la expresión “*en una sociedad democrática*”, la misma deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que estas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54); y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55); y
- Acerca de que la restricción debe ser *compatible con la naturaleza de esos derechos*, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la

esencia misma del derecho en cuestión, es decir –agregamos por nuestra parte– que no puede vulnerar el *contenido esencial de tal derecho*.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁷ también aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 establece: “Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes”:

- a) La *derogación o suspensión* oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido;
- b) La *denegación activa* de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza;
- c) El *apoyo activo* a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC;
- d) La *adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos*, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos;

107 Adoptadas por un grupo de expertos cuyas discusiones se desarrollaron entre el 22 y el 26 de enero de 1997. Se trata de un documento interpretativo al que recurren frecuentemente los órganos de supervisión de tratados internacionales en el campo de los DESC (UN Document E/C.12/2000/13).

Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de Los derechos económicos, sociales y culturales. *Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, op. cit. en la parte final de la nota anterior, Anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

- e) La adopción de cualquier *medida deliberadamente regresiva* que reduzca el alcance de la garantía de este derecho;
- f) La *obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo* de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor; y
- g) La *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

632

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar –con Garzón Valdés– que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad¹⁰⁸. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes¹⁰⁹.

Pero además, siempre en verba *garzoniana* y para dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no solo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”¹¹⁰ –remarcado agregado–.

108 Ernesto GARZÓN VALDÉS, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

109 *Ibid.*, p. 101.

110 *Ibid.*, pp. 101-102.

9. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales¹¹¹

No podemos soslayar algunas novedades importantes que en relación con los DESCA se han producido; algunos en fechas relativamente recientes y otros más cercanos en el tiempo.

A) Al igual que otros colegas, desde hace mucho tiempo venimos bregando firmemente por instaurar la justiciabilidad directa de los DESCA sobre la base de una *interpretación dinámica y actualizada* del art. 26 de la CADH, en conexión con otras disposiciones de la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, etc. Considerábamos que ello produciría una importante propagación de la superficie protectora de aquellos derechos, inescindiblemente consustanciados con la citada dignidad humana.

Para ubicarnos en el tema, debe evocarse que bajo el rótulo de “Desarrollo progresivo”, el aludido art. 26 de la CADH establece: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

633

La cuestión no es menor, sino compleja¹¹² y de relevante magnitud jurídica y axiológica. Sea como fuera, nuestra posición personal siempre

111 Sobre el particular ver Víctor Bazán, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el citado libro de Víctor BAZÁN y Luis JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, pp. 1-182.

112 De hecho, existe doctrina refractaria a la justiciabilidad directa de los DESCA por conducto del art. 26 de la CADH.

En ese sentido pueden verse por ejemplo: James L. CAVALLARO y Stephanie E. BREWER,, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, Sur. *Revista Internacional de Derechos Humanos* (edición en español), Año 5, N° 8, junio

se inclinó por *la conveniencia de que la Corte IDH asumiera el desafío y le diera respuesta positiva, pues aquella justiciabilidad directa de los DESCA no solamente era posible sino también necesaria para poner en su justo valor operativo a derechos básicos, sobre todo, de las personas y los grupos más vulnerables y excluidos*. Por supuesto, ello no implicaba pretender empujar al Tribunal a actuar temeraria e irresponsablemente, ya que la prudencia y el equilibrio son, en todo momento, factores imprescindibles en su accionar.

B) Repasaremos algunos argumentos que sosteníamos desde hace bastante tiempo.

- a) Un asunto que en una primera mirada parecería de textura solo formal o meramente lingüística, aporta mucho más que eso. La Parte I de la CADH tiene el siguiente título: “Deberes de los Estados y *derechos protegidos*” —énfasis añadido—. Dentro de esa Parte, el Capítulo I se refiere a los *deberes de los Estados*, el Capítulo II se centra en los *derechos civiles y políticos* y el Capítulo III, contentivo del art. 26, focaliza los *derechos económicos, sociales, culturales*¹¹³ [*también ambientales, aunque sin verbalizarlo*].

De ello se desprende que los DESCA a que alude el art. 26 están incluidos en la categoría de *derechos protegidos* por la CADH y naturalmente quedan encapsulados en el *acervo competencial por razón de la materia* de los órganos estatuidos por la Convención para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos tomados por los Estados Partes al respecto, o sea, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (cfr. art. 33, *ibid.*).

de 2008, Sur - Red Universitaria de Derechos Humanos, Prol Editora Gráfica Ltda., São Paulo, pp. 84-99; y Oswaldo R. RUIZ-CHIRIBOGA, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31, N° 2, 2013, pp. 159-186.

113 Además de esa tríada de segmentos, integran también la Parte I los Capítulos IV, denominado “Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, y V, rotulado “Deberes de las personas”.

A su tiempo, debe subrayarse que al resolver el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”¹¹⁴ la Corte IDH interpretó ese art. 26, remitiendo en lo que hace al alcance del entendimiento del “desarrollo progresivo” de los DESC(A) a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General (O.G.) N° 3, sobre “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, de 14 de diciembre de 1990. De ello cabe desprender –*mutatis mutandis*– que el Tribunal Interamericano califica a aquel precepto como consagratorio de *claras obligaciones jurídicas para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos que al respecto aborda la citada Convención*¹¹⁵.

114 Corte IDH, “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98, párr. 147, nota 158 a pie de página (que alude al pto. 9 de la O.G. N° 3 del Comité de DESC).

115 Nótese que la aludida O.G. N° 3, en su pto. 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” –remarcado añadido–.

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida O.G. se dirigió a su pto. 9, en el que puede leerse: “La principal obligación de resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” –énfasis agregado–.

Lo anterior, específicamente acerca del alcance operativo del conglomerado obligacional contraído por los Estados que conforman la CADH en el contexto del art. 26 de la CADH, se tornaba más diáfano solo con reparar en que la fuente de la que abrevó dicho precepto es ni más ni menos que el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), respecto del cual la apuntada O.G. N° 3 del Comité de DESC ha sido contundente al determinar la *fuerza vinculante* de los deberes que depara.

Ambas disposiciones confluyen en un punto de gran relevancia: la consecución progresiva de *la plena efectividad de los derechos* englobados en aquellas. No parecía entonces la mejor de las interpretaciones predicar que semejante mandato de *plena efectividad* contuviera solo fraseología despojada de preceptividad jurídica.

636

Es que un aserto de tal tenor quedaría rápidamente desvanecido, tomando en cuenta, por ejemplo, los siguientes factores y circunstancias: *i*) los principios internacionales cardinales *pacta sunt servanda* y *bona fide*, la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales y la necesaria hermenéutica conforme al objeto y el fin del instrumento internacional (que respectivamente surgen de los arts. 26, 27 y 31.1 de la CVDI); *ii*) la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos; *iii*) el principio *pro persona*; *iv*) las obligaciones estatales de respetar y garantizar los DESC(A) y de adecuar el derecho interno a las premisas del convenio internacional; y *v*) los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles y políticos y económicos, sociales, culturales y ambientales).

- b) Es también determinante que la Corte IDH haya reiterado sin ambages en el “Caso Acevedo Buendía vs. Perú” que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la

jurisdicción obligatoria (art. 62.1 de la CADH), *presuponen la admisión por los Estados que la presentan, del derecho del Tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*¹¹⁶. Partiendo de tal superficie de apoyo, es igualmente categórico que haya enfatizado nuevamente que *ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*¹¹⁷.

Aunque obvio, debe recalcar que el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica queda decididamente incluido en ese amplio espectro de cobertura que deja al descubierto la taxativa aseveración de la Corte. Correlativamente, los derechos encapsulados en tal precepto están sometidos a las *obligaciones generales* estatuidas en los arts. 1.1 y 2, *ibid.*, de la CADH, de igual modo que los derechos civiles y políticos desplegados en los arts. 3 a 25 del mismo instrumento internacional.

Lo anterior viene a cuento porque, luego de haber resuelto el “Caso Acevedo Buendía vs. Perú”, aparecieron dos asuntos asociados a algunos aspectos de los DESCA en los que no existió mención alguna al art. 26 de la CADH por parte de las respectivas mayorías votantes de la Corte IDH. Aludimos a los casos “Furlan y Familiares vs. Argentina”¹¹⁸ (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y “Suárez Peralta vs. Ecuador”¹¹⁹ (acerca del derecho a la salud), aunque pueden rescatarse los respectivos y, para nosotros, *acertados* votos concurrentes de la exjueza Margarette May Macaulay, en el primero de ellos, y del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

116 Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 16.

117 Ídem.

118 Corte IDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246.

119 Corte IDH, “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, N° 261.

Ambos magistrados plantearon la posibilidad de resolver –en lo pertinente– los conflictos llevados al seno de la Corte IDH contemplando la *justiciabilidad directa* de los DESC[A] bajo el alcance del art. 26 de la CADH (y no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles), en una perspectiva que nos parece auspiciosa. Más allá de estas posiciones refrescantes (aunque minoritarias), se abría un signo de interrogación en torno a la prospectiva de la jurisprudencia del Tribunal en la materia, pues parecía gestarse (al menos en la posición mayoritaria) una retracción *vis-à-vis* el avance que intentó producir la sentencia recaída en “Acevedo Buendía vs. Perú”.

- c) Por su parte, atinadamente se ha sostenido que el señalado art. 26 de la CADH reconoce todos los DESC[A] enunciados en la DADDH, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA¹²⁰.

638

Por ello, en el supuesto de concurrir ambos textos se habrían de armonizar los dos estándares de protección, que pueden ser aplicados de manera acumulativa. Además, todos estos derechos se insertan en la competencia en razón de la materia tanto de la Comisión IDH cuanto de la Corte IDH, habilitando el sistema de peticiones individuales previsto en la CADH; competencias y habilitación que según, se ha apuntado, no han sufrido mengua alguna a consecuencia del Protocolo de San Salvador¹²¹.

Por su parte, Urquilla explora el art. 26 de la CADH opinando que más allá de su texto inmediato, en el sentido de que obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un *auténtico texto de reconocimiento genérico de DESC(A)*. Añade que, en el marco de su proceso de creación queda demostrado que la

120 Rolando GIALDINO, “Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, La Ley, T° 2013-E, Buenos Aires, pp. 924-925.

121 Ibid., p. 925.

referencia a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, fue una *manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales*¹²².

Entre otras consideraciones, agrega que el multinombrado art. 26 de la CADH, junto con todo su amplio contenido, forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano, lo que permite que *la Comisión y la Corte Interamericanas puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los DESC(A) sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano*¹²³ —remarcado agregado—.

Convergentemente, una de las vías que identifica Melish para que el sistema interamericano y sus usuarios logren consolidar la jurisprudencia socioeconómica regional, radica en reconocer el pleno alcance del art. 26 de la CADH en su protección a los derechos *autónomos* a la salud, educación, vivienda, seguridad social, condiciones de empleo justas, sindicalización y cultura. Añade que *“la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales*. No deberían estar empotrados al interior de otras normas que las amparen, en donde vayan a perder su contorno y especificidad”¹²⁴ —énfasis añadido—.

639

En síntesis, para abonar la línea de justiciabilidad directa anunciada, se conjugan los arts. 26 y 29 de la CADH bajo la iluminación axiológica y jurídica del principio *pro persona*.

122 Carlos URQUILLA, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2009, p. 197.

123 Ídem.

124 Tara J. MELISH, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, D.F., 2005, p. 218 (el trabajo figura en pp. 173-219).

10. Novedades en la Corte IDH en torno a los DESCA

10.1. Opinión Consultiva OC-23/17

A propósito de los DESCA, y particularmente en referencia a los derechos ambientales, la Corte IDH ha emitido –como viéramos– la OC-23/17, de 5 de noviembre de 2017, titulada “Medio Ambiente y Derechos Humanos”. Entre otros puntos salientes, acentuamos algunas consideraciones interesantes del Tribunal Interamericano sobre el particular y la importancia del citado pronunciamiento consultivo:

- Destacó “la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”;
- *Por primera vez la Corte IDH desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano*, que en el ámbito interamericano se encuentra regulado, tanto por lo dispuesto en el art. 11 del Protocolo de San Salvador, como en el art. 26 de la CADH, que *contiene los derechos económicos, sociales y culturales*, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la DADDH (en la medida en que esta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el art. 29 de la misma;
- Remarcó la *relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible*; reiteró la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello;
- *Determinó las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente*. Enfatizó, *inter alia*, que los Estados están obligados a *respetar y garantizar* los derechos humanos de todas las

personas y que esto puede incluir, según el caso en concreto y de manera excepcional, *situaciones que van más allá de sus límites territoriales*. Puntualizó también que los Estados tienen la *obligación de evitar los daños transfronterizos*; y

- Además, estableció las *obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente*. En particular, expresó que los Estados deben: *i) prevenir los daños ambientales significativos*, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deban regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos; *ii) actuar conforme al principio de precaución* frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aun en ausencia de certeza científica; *iii) cooperar* con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos; *iv) garantizar el acceso a la información* sobre posibles afectaciones al medio ambiente; *v) garantizar el derecho a la participación pública de las personas*, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y *vi) garantizar el acceso a la justicia*, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

641

10.2. Nuestra posición favorable a la justiciabilidad directa de los DESCA vía art. 26 de la CADH

Un importante avance de la Corte IDH en materia de DESCA es la *justiciabilidad directa de estos por conducto del art. 26 de la CADH*¹²⁵, asunto acerca del cual venimos batallando con la palabra y la pluma desde hace muchos años, ya que —como se expusiera— normalmente en sus sentencias en materia de derechos sociales el Tribunal Interamericano optaba por aplicar el argumento por conexidad y condenar al Estado en cuestión, v. gr.,

125 Al respecto, ver Víctor BAZÁN, op. cit., *Derechos económicos, sociales y culturales*, pp. 1-182.

por violación al art. 5 de la CADH y no directamente por medio del art. 26, *ibid.*, que –en puridad– es el que corresponde activar y aplicar.

Fundamentalmente a partir del “Caso Lagos del Campo vs. Perú”¹²⁶ se abre una brecha que ya estaba contenida en votos razonados minoritarios de algunos magistrados que disientían de esa conexidad aplicativa y sostenían que lo correcto era activar derechamente el art. 26 de la CADH. Lo que en un tiempo fue minoritario en el seno de la Corte IDH hoy pasó a ser mayoritario, al menos de momento.

El caso en cuestión es singularmente importante al liberar el paso hacia la justiciabilidad directa y plena de los DESCA, en distintos aspectos: *i)* con referencia a la violación del derecho a la libertad de expresión desde el ámbito de las relaciones entre particulares en ámbitos laborales; *ii)* declarándose por vez primera la vulneración del art. 26 de la CADH en relación con el art. 1.1, *ibid.*, por la vulneración de la estabilidad laboral del actor; y *iii)* al aplicar la protección del art. 16 en relación con el art. 26, *ibid.*, por la transgresión del derecho de asociación en contextos laborales.

Al “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, en *materia laboral*, le siguieron otros, por ejemplo:

- El “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”¹²⁷, sobre la *misma temática*;
- El “Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”¹²⁸, que también supone una contribución muy relevante para la construcción de la jurisprudencia interamericana en torno a los DESCA, particularmente respecto de la protección de las personas en ámbitos laborales;

126 Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2017, serie C, n° 340.

127 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2017, serie C, n° 344.

128 Corte IDH, “Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de febrero de 2018, serie C, n° 348.

- El “Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile”¹²⁹, de gran magnitud puesto que por primera vez se aborda el *derecho a la salud* como derecho autónomo y justiciable por medio del art. 26 de la CADH;
- El “Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”¹³⁰, que refrenda la puntualización de la Corte IDH en cuanto a la consideración del *derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable*; y, más recientemente,
- El “Caso Muelle Flores vs. Perú”¹³¹, de gran significación porque, por un lado, ratifica la competencia de la Corte IDH para examinar violaciones del art. 26 de la CADH y, paralelamente, afronta de modo directo el *derecho a la seguridad social*, como autónomo y justiciable precisamente por medio de aquel multicitado artículo de la Convención, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes dado que la víctima es *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*. Por lo demás, la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen una *exigibilidad inmediata*, y otros que ostentan un *carácter progresivo*. Respecto de las primeras (*obligaciones de exigibilidad inmediata*), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social y asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. En torno a las segundas (*obligaciones de carácter progresivo*), la realización gradual significa que los Estados Parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad

129 Corte IDH, “Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 8 de marzo de 2018, serie C, n° 349.

130 Corte IDH, “Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2018, serie C, n° 359.

131 Corte IDH, “Caso Muelle Flores vs. Perú”, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de marzo de 2019, serie C, n° 375.

de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Del mismo modo, se impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos comprendidos. En suma, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la CADH), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad¹³².

10.3. Un asunto reciente e importante que abre senderos de directa justiciabilidad

Habíamos anticipado que el Estado argentino fue recientemente condenado por la Corte IDH en un asunto emblemático: el “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” (Corte IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6 de febrero de 2020, Serie C, N° 400).

644

¿Por qué es tan relevante? Entre otras cosas, porque la Corte IDH, por primera vez en ejercicio de su competencia contenciosa y con mayor o menor solidez y ortodoxia argumental, analizó los hechos partiendo de los ***derechos al ambiente sano, además de los derechos a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, todos los cuales fueron catalogados como “autónomos y justiciables” en el contexto del art. 26 de la CADH.***

Un muy importante logro que, ojalá, no sea víctima de una interpretación regresiva que derrumbe o desnaturalice los adelantos que el caso en cuestión trajo consigo en el ámbito temático que abordamos.

Indudablemente, aunque con bemoles, es un avance en el desarrollo jurisprudencial de los DESCAs, un refuerzo en cuanto al reconocimiento de su justiciabilidad y efectividad, y una contribución tuitiva a derechos que antes eran mediatizados y hoy pasaron a ser directamente exigibles en la ruta jurisdiccional del sistema interamericano.

132 La parte final del párrafo, pertenece al voto razonado del juez Eduardo Ferrer-Mac Gregor al citado “Caso Muelle Flores vs. Perú”.

Es un justo logro pues tales derechos son fundamentales, varios de ellos son precondiciones para el goce de importantes derechos civiles y políticos y, en definitiva, enaltecen la dignidad de la persona, sobre todo de los individuos y grupos hiposuficientes y marginados, como de hecho lo son por ejemplo las comunidades indígenas.

Por supuesto, y antes de pasar a las valoraciones que clausurarán este trabajo, es preciso señalar que nuestros jueces y demás autoridades públicas deben seguir de muy cerca, y sobre todo aplicar, *control de convencionalidad mediante*, los adelantos protectorios que en el área de los DESCA vienen gestándose pretorianamente en el seno de la Corte IDH.

Así como también, en la dimensión medioambiental, las consideraciones contenidas en la aludida OC-23/17, complementándolas con los postulados que en la materia existen en el derecho interno, para procurar asegurar siempre la mejor solución posible desde la vertiente operativa del *principio de humanidad* y la encumbrada premisa *pro persona*.

11. Apreciaciones de cierre

1. Partiendo del carácter unitario de la dignidad humana, puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (también ambientales) existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica.

Ello deriva, por ejemplo, de la lectura de uno de los logros principales surgentes de la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993): la promoción y movilización de la doctrina de la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos y su interrelación*. Es igualmente digno de destacar que dicha Conferencia Mundial fungió como instrumento axial para que se conociera y divulgara la legítima preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en particular, de sus *segmentos más vulnerables*¹³³.

¹³³ Ver, en ese sentido, Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., S.A. Fabris Ed., Porto Alegre, 2003,

2. Los DESC(A) *no padecen una minusvalía jurídica, tampoco axiológica, respecto de los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”*. Contrariamente, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos llevan a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.

Sucede que, a partir del *carácter integral de los derechos*, corresponde asumir y garantizar el *carácter integral de su protección*, con independencia de si se trata de DCP o de DESC. Así, la garantía de los derechos fundamentales legitimaría y justificaría sin ambages tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio interamericano e incluso a otros esquemas tuitivos en el plano universal.

3. En el ámbito latinoamericano no puede válidamente ponerse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de estos operan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos

646

4. Sobre el alcance y el grado de operatividad de los DESC(A), la búsqueda debe encaminarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”¹³⁴.

La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio *pro persona*.

Tal mandato de *desenvolvimiento progresivo* se debe combinar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*.

inter alia, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párr. 42).

134 Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98.

Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas *a priori* in-causadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquéllas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de la prueba* sobre el Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas básicas y sustentables.

5. Otra senda fiscalizatoria del nivel de cumplimiento de los DESC-CA se localiza en el *control social y democrático* sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

6. Entre los derechos sociales, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana existe un nexo muy intenso. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho social (hablando en general) no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

647

Y en semejante contexto, la tarea jurisdiccional deberá –en particular– orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –solo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

7. Las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESC-CA *no son derogables*. Además, en épocas de crisis financieras y/o económicas es cuando deviene más nítida e imperiosa la necesidad de incrementar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*. Las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables al

contenido esencial de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y, por supuesto, la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

8. Logro sumamente importante reside en la posibilidad de viabilizar a través del art. 26 de la CADH derechos de gran calado como el relativo *al ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua, a la identidad cultural*; además de otros como *el derecho a la protección de las personas en ámbitos laborales, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social*. Todos ellos han sido catalogados por la Corte IDH (en su vertiente mayoritaria) como “autónomos y justiciables”, lo que constituye un muy relevante paso en el marco del reconocimiento de la justiciabilidad y efectividad de tales derechos que han pasado a ser directamente exigibles en la ruta jurisdiccional del sistema interamericano.

Los derechos fundamentales y sus garantías

Una aproximación desde el caso de España*

✉ ANA CARMONA CONTRERAS**

1. Reflexión preliminar sobre los derechos fundamentales en el actual contexto de integración supranacional

Me temo que no soy nada original cuando afirmo que la contribución al derecho constitucional realizada por el profesor Roberto Romboli presenta una relevancia indudable en el escenario del constitucionalismo no sólo italiano sino también latinoamericano. Y aun siendo consciente de lo reiterativo de mi afirmación, considero imprescindible comenzar estas páginas poniéndolo expresamente de manifiesto y mostrando mi gratitud a quienes han promovido esta iniciativa por ofrecerme la oportunidad de participar en la misma.

649

Muchos y muy variados son los trabajos del profesor Romboli en el campo de los estudios constitucionales, destacando especialmente los dedicados al ámbito específico de la Justicia Constitucional y también al de las fuentes del derecho, muy señaladamente los dedicados a la figura del decreto-ley.

Pero Roberto Romboli no sólo ha sido y continúa siendo un excelente investigador. También ha realizado y sigue realizando una extraordinaria labor como Maestro (con mayúscula) y formador de

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Desafíos del proceso de construcción de un espacio europeo de derechos fundamentales» (DER2017-83779-P).

** Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla.

investigadores. En el seno del *Gruppo di Pisa*, así como en el marco del prestigioso programa de Doctorado que se desarrolla en dicha Universidad (*la sua Università*), el profesor ha dirigido y orientado la carrera académica de un destacado y nutrido grupo de constitucionalistas de procedencia muy diversa. Es, precisamente, en dicho terreno en el que el magisterio de Roberto Romboli ha superado ampliamente las fronteras de su país para diseminarse tanto en España como en Latinoamérica. Buena prueba de ello es el reconocimiento que dicha tarea ha merecido en multitud de universidades y centros de investigación de dichos países. El éxito cosechado por el Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y derechos fundamentales, que desde su primera edición en 2012 ha contado con la participación de un número creciente de alumnos procedentes del otro lado del Atlántico y en el que he tenido el honor de participar en distintas ocasiones, pone claramente en evidencia su capacidad para atraer el interés de juristas (académicos, profesionales del derecho, doctorandos) en torno a materias y cuestiones relacionadas con el Derecho Constitucional considerado en un sentido amplio y abierto. No como una disciplina que se entiende en una clave únicamente introspectiva (en el marco estatal) sino, antes bien, como expresión de una cultura constitucional compartida en la que, respetando los rasgos propios y característicos de cada ordenamiento (esa identidad nacional que nos hace estar unidos en la diversidad, según reza el lema de la Unión Europea), las experiencias constitucionales circulan, dialogan, aúnan experiencias que, sin perder su propia individualidad, muestran un sustrato común.

En el escenario jurídico actual es precisamente en la esfera de los derechos fundamentales en la que es posible detectar con claridad meridiana la existencia de un alto nivel de integración a escala supranacional. Como expresión de la voluntad de superar los terribles abusos y tremendos excesos cometidos contra la dignidad humana durante la primera mitad del siglo XX, con dos guerras mundiales que segaron la vida de millones de personas y acabaron con la democracia y el Estado de Derecho en destacados países europeos (en el caso de Alemania de un modo particularmente desgarrador), se aprobará a finales de 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con él, llamado a salvaguardar su

contenido en la práctica, el Tribunal igualmente denominado con sede en Estrasburgo. Gracias a la labor desarrollada por dicha instancia jurisdiccional, a través de su jurisprudencia se ha impulsado en el continente no sólo la creación sino también el asentamiento de un orden público europeo (F.J. GARCÍA ROCA, 2019). En este sentido, el recurso por el Tribunal al instrumento del “margen de apreciación” para reconocer que, respetando el nivel mínimo de protección establecido por el Convenio, los Estados disponen de la facultad para su ampliación a escala interna ha prestado una contribución esencial para dar cobijo en el sistema convencional, integrándolos, a estándares nacionales superiores. Actuando de este modo, ha resultado posible esquivar los conflictos entre ordenamientos, garantizándose la coexistencia armónica entre los mismos y, al mismo tiempo, preservar un espacio de diferenciación interna en términos de mayor protección nacional.

En una línea similar de convergencia interordinamental, aunque en un momento temporal más tardío, al otro lado del Atlántico va a ver la luz en 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida Pacto de San José de Costa Rica) que contará con una instancia jurisdiccional propia –la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en la capital costarricense– llamada a desarrollar una fundamental labor de tutela de sus contenidos. Tras la entrada en vigor, en julio de 1978, de la Convención, la actuación desarrollada en la práctica por la Corte ha adquirido una relevancia que escapa a toda duda, habiendo contribuido de forma sobresaliente a la formación de una cultura supranacional de índole *iusfundamental* que ha permitido el avance cualitativo de la protección de los derechos en los distintos ordenamientos estatales concernidos. La creación por la Corte del denominado “control de convencionalidad” (sentencia *Almonacid Arellano contra Chile*, 2006) que se traduce en la obligación de los jueces nacionales de atender no sólo su jurisprudencia sino también de dar preferencia aplicativa a las previsiones convencionales en la resolución de los conflictos internos, unida a la destacada corriente de reformas constitucionales operadas en los Estados latinoamericanos, atribuyendo a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos valor constitucional ofrecen ejemplos palmarios de ese proceso de expansión y, a su vez, de interiorización de una cultura

supraestatal de derechos fundamentales también en dicho continente (V. BAZÁN, 2013).

De vuelta a Europa, hemos de reseñar que, a pesar de haber arrancado su andadura desde unas premisas diametralmente diversas, con el transcurso del tiempo, en el ámbito de la Unión Europea también ha emergido un destacado caudal jurídico en materia de derechos fundamentales. Como es sabido, las Comunidades Europeas creadas a finales de los años 50 del siglo pasado mostraban una orientación esencialmente económica basada en las exigencias de implantación de un mercado común carente de fronteras internas (el mercado interior), cuyos elementos primordiales eran las cuatro libertades clásicas: circulación de trabajadores, de capitales, de servicios y de mercancías. Consecuencia directa de este planteamiento es que el originario ordenamiento comunitario viera la luz huérfano de derechos fundamentales. Con el paso del tiempo, sin embargo, esta carencia inicial fue solventada gracias a la actuación desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión, el cual vino a afirmar (*sentencia Stauder*, 1969) no sólo que tales derechos forman parte del ordenamiento comunitario como principios generales, sino que para determinar su contenido resultaba imprescindible tomar en consideración, junto a la normativa propia, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (*sentencia Internationale Handelsgesellschaft*, 1970) y los tratados internacionales en la materia de los que son parte los Estados miembros (*sentencia Nold*, 1973), entre ellos, el de forma muy destacada el Convenio Europeo de Derechos Humanos (*sentencia Rutili*, 1975).

Así concebido, el sistema de derechos fundamentales de la Unión, imbuido de una insoslayable naturaleza pretoriana, quedaba forjado sobre unos cimientos jurídicos de naturaleza pluralista, los cuales se han mantenido hasta la actualidad y en los que la afirmación de su autonomía existencial (el primer referente normativo es el derecho emanado de la Unión) viene a combinarse con la recepción de la cultura constitucional que es común a los Estados (sus tradiciones constitucionales), así como la derivada del Convenio Europeo. Esta concepción jurisprudencial de claros tintes humanizadores (L. Gordillo-G. Martinico, 2015), por lo demás, va a permitir la paulatina incorporación de nuevos derechos al

universo comunitario. Tales derechos vinculan en todo caso la actuación de sus instituciones, que han de respetar su contenido. Con respecto a los Estados miembros, por el contrario, los derechos de la Unión únicamente son de obligado cumplimiento en el ámbito de las competencias que les han sido transferidas cuando aplican o desarrollan, procediendo a su implementación, normas europeas. Es en este preciso ámbito en el que el derecho de la Unión goza de los rasgos de primacía (*sentencia Costa ENEL*, 1964) y efecto directo (*sentencia Van Gend y Loos*, 1963), lo que genera el desplazamiento de las previsiones internas, que devienen inaplicables en la práctica, incluso cuando las mismas gozan de rango constitucional (*sentencia Internationale Handelsgesellschaft*, 1970).

La aplicación de este planteamiento en el campo específico de los derechos fundamentales generó en sus inicios serias reservas entre ciertos tribunales constitucionales nacionales (especialmente el alemán y el italiano) que en el ejercicio de su función como máximos garantes de la propia Constitución señalaron límites insuperables (los denominados contralímites) a la europeización de los derechos fundamentales a nivel interno. Con el paso del tiempo, y como se verá más adelante, también el Tribunal Constitucional Español (Decisión 1/2004) va a identificar la existencia de ciertos límites en un sentido similar al apuntado. No obstante, en perspectiva histórica, merece ser destacado el hecho de que en la fase inicial de construcción pretoriana del sistema de derechos fundamentales de la Unión la sangre no llegó al río, la coexistencia pacífica se mantuvo y el proceso europeo siguió avanzando. A la originaria integración económica vinieron a sumarse, pues, importantes elementos de integración política, afirmándose expresamente como valores de la Unión la democracia, la libertad, el Estado de Derecho y también los derechos fundamentales. Ya en el Tratado de Maastricht (1992), su respeto se afirma como principio basilar de la Unión y en el de Ámsterdam (1997) el compromiso de su respeto se configura como condición *sine qua non* para el ingreso de nuevos Estados.

Esta dinámica de apertura no trajo consigo, sin embargo, la incorporación a los Tratados de un específico *Bill of Rights* europeo. Los derechos fundamentales existían en la Unión sí, pero no contaban con

una sistematización expresa en su máximo nivel normativo. Precisamente para colmar esta laguna, con ocasión de la aprobación del Tratado de Niza (2000) se proclamó la Carta. Pero lo hizo despojada de valor jurídico y eficacia vinculante. Las reticencias manifestadas en su momento por el Reino Unido y Dinamarca operaron como factor determinante en este sentido. Nació, pues, la Carta carente de los atributos propios de toda norma jurídica y limitaba estrictamente sus efectos al terreno de lo simbólico. Tras el fracaso cosechado por el proyecto de Constitución Europea (2004) como consecuencia del rechazo manifestado por la ciudadanía de Francia y Holanda en las consultas convocadas para su ratificación, el estatus de la Carta –insertada como parte de aquél– no experimentó modificación alguna, manteniéndose en el terreno precedente del simbolismo. El momento de la verdad llegará con el Tratado de Lisboa (2007), en el que alcanza, por fin, mayoría de edad jurídica al atribuírsele un valor jurídico similar al de los tratados, según reza en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión. Eso sí, la Carta no es parte integrante del mismo (tampoco del Tratado de Funcionamiento de la Unión, en tanto que segundo *corpus* normativo configurador del derecho primario albergado por la genérica denominación Tratado de Lisboa), mostrándose como elemento desgajado, junto con la miríada de Protocolos y Declaraciones que lo acompañan.

La actual Carta de Derechos fundamentales supone, pues, el punto de llegada de una larga y trabajosa travesía vital desarrollada a lo largo de décadas. Gracias a su efectiva formalización jurídica como derecho primario, la Unión viene a dotarse de un sustancial elemento provisto de una intensa carga democrática, contribuyendo decisivamente a apuntalar su naturaleza constitucional (A. Carmona Contreras, 1), 2016). No cabe, empero, perder de vista que, manteniendo la aproximación a la cuestión aquilatada desde sus inicios por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Carta limita sus efectos con relación a los Estados única y exclusivamente al ámbito de aplicación de las competencias cedidas a la Unión (artículo 51 de la Carta) sin que pueda servir para ampliar dichas competencias ni tampoco para surtir efectos más allá de las mismas. Quiere esto decir que las declaraciones de derechos fundamentales que

contienen las Constituciones de los Estados miembros, si bien se mantienen en vigor, experimentan un importante efecto reductor en relación con aquellas materias cedidas a Bruselas. Ello es así porque cuando las autoridades estatales actúan en el ámbito de aplicación del derecho europeo, lo dispuesto por la Carta se impone también frente las previsiones constitucionales internas, desplazándolas.

La tradicional dialéctica entre ordenamientos, por lo tanto, lejos de desaparecer, continúa vigente, reclamando el reforzamiento de dinámicas de acomodación recíproca llamadas a solventar posibles discrepancias. Tras muchos más años de vigencia han transcurrido 20 desde que, gracias a la Carta los derechos fundamentales de la Unión, obtuvieran visibilidad expresa en los Tratados. Los logros alcanzados son incuestionables, pero no cabe la autocomplacencia. Las graves amenazas provenientes de Polonia y Hungría, amenazando seriamente elementos basilares del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentra el respeto a los derechos fundamentales, ponen de manifiesto la necesidad de que la Unión sitúe entre sus prioridades inmediatas el reforzamiento de su compromiso con aquéllos.

Es en este contexto general de fondo en el que vienen a encuadrarse las reflexiones que se desarrollan el presente trabajo, dedicado a analizar cómo y de qué manera la incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución española de 1978 (ausentes del ordenamiento español durante la aciaga experiencia de la dictadura franquista) ha traído consigo un efecto de reforzamiento sustancial de los mismos que se deriva del intenso régimen de garantías establecido por aquélla, pero también de la inserción activa de nuestro país en un contexto multinivel de referencia –el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea– dominado por un profundo y decidido compromiso con aquéllos. Tomando como referencia dicho contexto, nuestro análisis realiza un recorrido a través de las garantías constitucionales previstas, dedicando una particular atención al instituto de la reforma constitucional, en tanto que herramienta de protección extraordinaria mediante la que la Norma Suprema afirma en términos efectivos tal carácter y que muestra, por lo que a los derechos fundamentales se refiere, peculiares rasgos configuradores.

2. El específico marco constitucional de referencia para los derechos fundamentales en España

Abordar la cuestión propuesta requiere, como punto de partida ineludible, llevar a cabo una mención específica al doble carácter que presentan los derechos fundamentales en las constituciones democráticas contemporáneas. Al hilo de tal construcción, cuya manifestación expresa se detecta en primer lugar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Lüth-Urteil*, de 15 de enero de 1958) éstos muestran una configuración compleja, puesto que incorporan una dimensión subjetiva, en tanto traen consigo el reconocimiento y la atribución de facultades de actuación u omisión a favor de los individuos. Asimismo, son portadores de una vertiente objetiva, afirmándose como fundamento del ordenamiento jurídico y de la actuación de los poderes públicos, la cual se aparece vinculada por un imperativo deber de respeto y también de promoción de los mismos. En función del planteamiento aludido resulta que, en el ciclo constitucional que se inaugura tras el final de la segunda guerra mundial, los derechos fundamentales –y la carga axiológica que los mismos presentan en tanto que expresión de la dignidad de la persona y por ende, inviolables– operan como sustrato obligado en el que hunde sus raíces toda Constitución democrática, en tanto que producto derivado de la soberanía popular.

656

La Constitución española de 1978 (CE) reproduce fielmente este planteamiento de fondo, según se colige del establecimiento de una serie de límites y garantías de los derechos fundamentales (recogidos en el capítulo 2º del Título I –artículos 14 a 38–), cuyos destinatarios son los poderes públicos en general y el legislativo en particular. En tanto que poderes constituidos, todos ellos sin excepción alguna quedan vinculados por los derechos fundamentales. Así se desprende de la dicción literal del artículo 10.1 CE, en donde se dispone que “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” (la cursiva es nuestra).

En consonancia con tal premisa, encontramos un rico catálogo de garantías constitucionales que viene a proyectar sus efectos, en primer

lugar, en el *plano objetivo*, al establecerse un régimen de protección integrado por una serie de mecanismos recogidos en el artículo 53.1 CE, que a continuación se exponen:

- 1) Afirmación de la existencia de un contenido esencial (*Kernbereich*) directamente importado de la previsión contenida en el artículo 19.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que se predica de cada derecho individualmente considerado y cuyo respeto se impone en todo caso y que opera como límite último insuperable o “límite de los límites” (*Schranken Schranken* es la expresión acuñada por la dogmática alemana). Muy tempranamente (sentencia 4/1981) el Tribunal Constitucional español vino a establecer una dualidad de parámetros hermenéuticos para la determinación de dicho contenido: Por un lado, la reconocibilidad del derecho, según se deduce de la imagen común que el mismo presenta entre los operadores jurídicos (comunidad científica y profesionales del derecho). Como criterio auxiliar y de índole complementaria, el Alto Tribunal recurre también a los intereses jurídicos protegidos, como haz de facultades básicas inherentes al derecho concernido y sin cuya concurrencia resulta impracticable.
- 2) Atribución de eficacia directa a los derechos fundamentales, lo que asegura su efectividad práctica en todo caso, incluso al margen de la existencia de desarrollo normativo. Gracias a esta cualidad el ejercicio de los derechos no queda vinculado ni a expensas de la actividad de configuración que corresponde al legislador. Los derechos, como expresión de la dignidad humana, preexisten al Estado. Éste surge precisamente como ente llamado a prestarles una adecuada garantía y tutela, por lo que la inacción del legislativo no puede operar como causa que justifique la imposibilidad de su ejercicio en la práctica. Así se constató de modo expreso por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia 15/1982, en la que, ante la imposibilidad de ejercer la objeción de conciencia por parte de un ciudadano que había sido llamado por el Ejército para realizar el servicio

militar obligatorio, ya que no existía norma reguladora de tal exención, vino a indicar que dicha laguna no podía, en modo alguno, conducir a tal resultado: la eficacia directa de los derechos fundamentales veta, por inconstitucional, dicha interpretación. Así pues, a pesar de la situación de vacío normativo concurrente, debió reconocerse al ciudadano llamado a filas a hacer efectiva la objeción manifestada.

- 3) La reserva de ley, formulada bajo la dicción “sólo por ley” con que se inicia el artículo 53.2 de la Constitución, debe entenderse preferentemente como la afirmación de una reserva de competencia reguladora a favor del Parlamento, en su cualidad de órgano depositario de la soberanía popular, y asimismo, al procedimiento deliberativo, público y democrático que es propio de dicha institución (es la *Parlamentsvorgehalt* a la que se ha referido la doctrina germánica).

658

Debemos recordar que en el contexto de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, el instituto de la reserva de ley, aun conservando una indiscutible relevancia, ha dejado de ser “la” garantía por excelencia de los derechos fundamentales. Esa precisamente era la situación concurrente en la fase del constitucionalismo flexible característico del Estado liberal que estuvo vigente en el continente europeo durante buena parte del siglo XIX y hasta el final de la Primera Guerra Mundial, en el que la Constitución aparecía despojada del carácter de norma jurídica, limitando sus efectos al ámbito de lo político. Sobre la base de tal planteamiento de partida, los ordenamientos liberales no fundamentaban su existencia en las disposiciones constitucionales sino, antes bien, en lo previsto por las leyes. En dicho universo jurídico la afirmación del principio de reserva de ley se mostraba como una garantía irrenunciable e imprescindible para los derechos, al asegurar su existencia en cuanto tales.

En el ciclo constitucional contemporáneo, como ya se ha indicado, este planteamiento ha experimentado una sustancial matización debido a la redefinición existencial que en términos jurídicos ha experimentado la Constitución. Precisamente al hilo de dicha transformación se comprende

que el respeto a las exigencias constitucionalmente establecidas quede garantizado mediante el instituto del control de constitucionalidad de las leyes, que corresponde al Tribunal Constitucional en su condición de máximo intérprete de la Constitución.

Por su parte, en el ámbito de las *garantías subjetivas*, todos los derechos fundamentales gozan de la protección de la tutela judicial efectiva que brindan los tribunales ordinarios de justicia y que, en sí misma, goza de reconocimiento como un derecho autónomo en el artículo 24 CE. Hemos de señalar, sin embargo, que por lo que respecta a un determinado grupo de derechos fundamentales (la igualdad, recogida en el artículo 14 CE y todos los comprendidos en la sección 1ª del Capítulo 2º del Título I –artículos 15 a 29–) dicha tutela experimenta un importante reforzamiento, puesto que gozan de la protección preferente y sumaria ofrecida por los tribunales a través del denominado recurso de amparo judicial. Estamos ante una vía procesal que, según dispone expresamente el artículo 53.2 de la Constitución, se caracteriza por las notas de preferencia y sumariedad. En virtud de la primera, estos recursos gozan de tramitación prioritaria, de tal manera que su resolución se adelanta a la de otras reclamaciones que no tienen como referencia este grupo de derechos fundamentales especialmente protegidos. Por su parte, el carácter sumario apunta claramente hacia la necesaria premura temporal que se impone al desarrollo procedimental de estas causas. En tal sentido, se constata en la regulación legislativa de este cauce procesal (que opera en los distintos órdenes jurisdiccionales existentes: civil, penal, social y contencioso-administrativo) la previsión de un acortamiento sustancial de los plazos procesales ordinarios, quedando reducidos a la mitad.

659

De forma subsidiaria –“en su caso”, es la locución empleada por el artículo 53.2 CE *in fine*– también reciben (junto con la objeción de conciencia recogida en el artículo 30.2 CE) la ofrecida por el Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo. En este segundo supuesto, la vía procesal designada presenta una naturaleza claramente extraordinaria, puesto que no se trata de un mecanismo cuyo objetivo sea la impartición de justicia como sí se constata, en cambio, en el caso del amparo judicial. Antes bien, el recurso de amparo constitucional justifica su existencia

como instrumento orientado a garantizar los derechos fundamentales, a preservar la fuerza normativa de la Constitución también en este concreto ámbito. Pero dicha función únicamente está llamada a activarse una vez que el Poder Judicial, esto es, el garante natural de los derechos, ha dicho su última palabra, no antes. Consecuentemente, estamos ante un recurso cuyo planteamiento sólo puede llevarse a cabo una vez que se ha agotado el elenco de vías jurisdiccionales a disposición del justiciable, esto es, cuando por concurrir una sentencia judicial firme estamos en presencia del efecto de cosa juzgada. No se trata, pues, de una última instancia que culmina la jurisdicción ordinaria sino de un cauce para la defensa y preservación de la Constitución.

A la luz de lo hasta aquí expuesto, resulta preciso detenerse al objeto de llevar a cabo una reflexión más amplia en torno a la diferenciación detectada en el terreno del diseño de la tutela jurisdiccional que acompaña a los derechos fundamentales aludidos. Porque esa voluntad diversificadora no agota sus efectos en dicha esfera ya que, como se verá en las páginas siguientes, también se constata a la hora de establecer los procedimientos para su modificación a través de la reforma constitucional. En este sentido, y para solventar toda sombra de duda, debemos enfatizar la idea de que todos los derechos y libertades públicas proclamadas por la Constitución española en el Capítulo 2º de su Título I son igualmente fundamentales en términos sustanciales, sin que quepa establecer una relación de jerarquía entre los de la sección 1ª (artículos 15 al 29) y aquellos otros recogidos en la 2ª (artículos 30 al 38). La diferencia introducida entre ambos grupos, por el contrario, limita sus efectos exclusivamente al terreno de las garantías, ofreciendo un plus añadido o reforzado que viene a superponerse, sumándose, al régimen general establecido tanto en lo que se refiere a la protección jurisdiccional como en el de las garantías objetivas.

De esta forma, la genérica reserva de ley prevista para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que prevé el artículo 53.1 CE se torna en una reserva cualificada a favor de la ley orgánica cuando del desarrollo de los derechos de la sección primera se trata. En el sistema de fuentes del derecho establecido en sede constitucional, la ley orgánica aparece reservada a favor de un elenco tasado de materias, que aparecen

recogidas por el artículo 81.1 de la norma constitucional (desarrollo de los derechos fundamentales, régimen electoral general y aprobación de los Estatutos de autonomía), así como en otros preceptos (partidos políticos, fuerzas armadas, defensor del pueblo, poder judicial, tribunal constitucional, etc.). Asimismo, su aprobación, modificación o derogación requiere la mayoría absoluta del Congreso, “en una votación final sobre el conjunto del proyecto” (artículo 81.2). Estamos, pues, ante una modalidad legislativa que incorpora como rasgo predominante una vertiente material: el Tribunal Constitucional ha mantenido constantemente una aproximación estricta a la misma, afirmando que sólo se permite su utilización para la regulación de aquellas materias expresamente indicadas por la Constitución, sin que quepa extenderla a otros ámbitos. La razón de tal actitud reside precisamente en el segundo de los rasgos caracterizadores de la ley orgánica, el procedimental, que requiere la concurrencia de mayoría absoluta para su aprobación. Sobre la base de tal exigencia cualificada, que supone una excepción a la regla general que opera en la toma de decisiones en el régimen democrático vigente en España, considera el Alto Tribunal que no resulta constitucionalmente admisible extender el radio de aplicación de la ley orgánica más allá de lo previsto, puesto que ello traería consigo un peligro evidente de “petrificación del ordenamiento jurídico” (sentencia 5/1981), dificultando la normal evolución y cambio de las normas.

Una aproximación igualmente diferenciadora se constata también en relación con la garantía extraordinaria de la reforma constitucional, según aparece regulada en el texto de 1978. Como premisa común de fondo, la modificación del estatuto de cualquier derecho fundamental establecido en sede constitucional requiere de modo inexorable, independientemente cual sea su ubicación en el Capítulo 2º del Título I, acudir a la vía de la reforma constitucional. Tal operación, consecuentemente, queda tal vetada en todo caso a la acción de los poderes constituidos, incluido el legislador, que ven limitado su campo de acción por el respeto a las previsiones constitucionales.

A partir de tal afirmación de partida, sin embargo, la existencia de un doble procedimiento para llevar a cabo la transformación de la Norma

Suprema vuelve a situar los derechos fundamentales en carriles distintos. En efecto, mientras que la reforma del principio de igualdad (artículo 14 CE) y de los derechos comprendidos en la sección 2ª (artículos 30 a 38 CE) se vehiculará a través del cauce previsto en el artículo 167 CE, la referida a los de la sección 1ª (artículos 15 a 29 CE) exigirá necesariamente transitar por la vía de la revisión agravada establecida en el artículo 168 CE. Una vez trazado el cuadro general de referencia, a continuación, pasamos a centrarnos en el análisis de las cuestiones inherentes a los procedimientos de reforma, analizando sus principales rasgos configuradores en el caso de España.

3. La dualidad de las vías de reforma en la Constitución de 1978

3.1.Procedimiento de reforma simplificada u ordinaria: el artículo 167 CE

662

En relación con esta vía de reforma, la primera idea a exponer hace referencia a que el nivel de exigencia establecido tanto para su activación (iniciativa), como para ser tramitada y aprobada se perfila (procedimiento), como tendremos ocasión de constatar, de un modo decididamente menos exigente que el previsto en el artículo 168 CE. La alusión a este último precepto resulta pertinente atendiendo a una perspectiva material, puesto que debe entenderse que el ámbito de las cuestiones accesibles al cauce del artículo 167 es, por exclusión, aquel que no aparece expresamente reservado al del 168. Resulta, pues, que el margen de intervención del poder de reforma simplificada es mucho más amplio en términos cuantitativos, pudiendo proyectar su acción sobre un nutrido grupo de previsiones constitucionales, entre las que se encuentran no sólo todos los derechos fundamentales que no aparecen recogidos en la sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, esto es, los contemplados en la sección 2ª, sino también todas las garantías que los protegen. Atendiendo a este dato, cabría afirmar que estamos ante la que se configura como la *vía ordinaria* de reforma, por contraposición a la otra existente que se articula como vía extraordinaria (F. J. PÉREZ ROYO, 2015).

En cuanto a los *sujetos legitimados* para ponerla en marcha, el artículo 166 CE remite, para su determinación, a lo previsto en relación con

la iniciativa legislativa ordinaria. En tal sentido, debemos recordar que la misma viene atribuida al Gobierno, al Congreso, al Senado y, en último lugar, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Ha de llamarse la atención, sin embargo, sobre una circunstancia tan significativa como es que la iniciativa legislativa popular (regulada en el artículo 87.3 CE) queda excluida de la lista de legitimados. Consecuentemente, la reforma constitucional nunca tendrá su origen en una decisión activada directamente por el cuerpo electoral.

Por lo que a su *tramitación* se refiere, el elemento más destacable es la exigencia de una mayoría de tres quintos en ambas cámaras para proceder a su aprobación. Resulta obligado traer a colación la previsión introducida para el supuesto de que existieran discrepancias entre el contenido de los textos aprobados en las respectivas asambleas. Para tal caso, se establece un mecanismo de resolución del conflicto planteado que requiere “la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores” cuya misión se cifra en eliminar las diferencias constatadas y presentar un texto “que será votado por el Congreso y el Senado” (artículo 167.1 *in fine* CE). Para el caso de que dicha votación no obtuviese la preceptiva mayoría de tres quintos, se introduce una cláusula de salvaguarda en cuya virtud se atribuye al Congreso la facultad de aprobar la reforma por mayoría de dos tercios “siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado” (artículo 167.2 CE). De este modo, viene a establecerse un mecanismo compensatorio mediante el que la rebaja en la exigencia de la mayoría que se constata en la cámara alta viene acompañada de la correlativa elevación exigida en el Congreso (que, de este modo, vuelve a erigirse en el sujeto predominante del imperfecto sistema bicameral español).

Una vez concluido el iter parlamentario, cabe la posibilidad de que la reforma aprobada por la representación popular sea sometida a la ratificación del cuerpo electoral. Tal eventualidad se contempla con carácter potestativo, puesto que sólo se llevará a cabo “cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras” (artículo 167.3 CE). De no

contar dicha solicitud con el respaldo mayoritario de las Cortes Generales (en este supuesto, se requiere mayoría simple y no cualificada) el proyecto de reforma, tras haber sido sancionado y promulgado por el Jefe del Estado, se envía para su publicación al Boletín Oficial del Estado.

Para el caso de que llegara a celebrarse la consulta de ratificación popular, debe llamarse la atención sobre el hecho de que sus resultados presentan efectos vinculantes, sin que la reforma aprobada por las Cortes Generales pudiera entrar en vigor en ausencia del respaldo mayoritario de la ciudadanía. No obstante, una hipótesis como la referida no ha llegado a producirse en la práctica, puesto que en los dos únicos casos de reforma constitucional acaecidos en España (en 1992, antes de ratificar el Tratado de Maastricht, para reconocer a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo en las municipales –artículo 13.2 CE– y en 2011, incorporando el principio de estabilidad presupuestaria que rige en la Unión Monetaria Europea a la que España pertenece –artículo 135 CE–) no llegó a someterse a referéndum.

664

3.2. Procedimiento de reforma agravada o extraordinaria: el artículo 168 CE

Como ya se indicó anteriormente, la activación de este segundo cauce de reforma está reservado para acometer la modificación de un elenco tasado de materias, a saber, el Título preliminar (artículos 1 a 9 CE), en el que se contienen las señas de identidad del Estado, así como sus principios estructurales básicos; el Título II, dedicado a la institución de la Corona; y los derechos fundamentales comprendidos en la sección 1ª del Capítulo 2º del Título I. Asimismo, junto con este supuesto de reforma parcial relativa a contenidos específicamente señalados, también es esta la vía que permite abordar, como el propio precepto constitucional se encarga de apuntar, una “revisión total” de la misma (artículo 168.1 CE). En este caso, se produciría no un cambio en el texto constitucional (o una reforma parcial) sino, antes bien, un cambio integral de la Norma Suprema, que es sustituida por otra nueva.

En el supuesto del artículo 168 CE, si bien la iniciativa para poner en marcha el procedimiento se atribuye a los mismos sujetos habilitados

para el caso de la reforma simplificada, resulta relevante traer a colación una diferencia sustancial. En efecto, para que este cauce pueda efectivamente activarse, se requiere el respaldo de los dos tercios de ambas cámaras. De tal manera que si tal exigencia no fuera cumplida, el camino de la revisión quedaría truncado *ab initio*. Para el caso de que no fuera así, al haber contado con el respaldo requerido, a continuación, se prevé la “disolución inmediata de las Cortes” (artículo 168.1 *in fine* CE) y la convocatoria de elecciones. El sentido de estos comicios es claro, puesto que tienen como objetivo poner sobre el tablero del debate electoral (que manifiesta una obvia dimensión constituyente) las líneas maestras de las transformaciones constitucionales patrocinadas por parte de las distintas fuerzas políticas en liza.

La primera actuación del nuevo Parlamento salido de las urnas se concreta en la necesidad –por lo demás, desprovista de justificación lógica– de someter nuevamente a ratificación el principio de revisión. Superada tal exigencia, y tras concluir la tramitación parlamentaria, la aprobación del proyecto de reforma constitucional requiere, en coherencia con la exigencia formulada para su activación, una mayoría de dos tercios tanto en el Congreso como en el Senado (artículo 168.2 CE). En esta ocasión, y a diferencia de lo establecido en relación con la reforma por la vía del artículo 167 CE, los textos aprobados por ambas cámaras deben ser necesariamente coincidentes, sin que se prevean mecanismos para aunar criterios y superar eventuales diferencias. De este modo, en el caso de constatare discrepancias textuales, emerge una laguna reguladora cuya superación exigiría ser integrada acudiendo a mecanismos de concertación que deberían discurrir por cauces de índole eminentemente política. Por su parte, en el punto de final del proceso, se encuentra la celebración, en esta ocasión con carácter preceptivo, un referéndum de ratificación popular (artículo 168.3 CE), cuyo resultado, como no puede ser de otra forma, presenta efectos vinculantes. Gracias a la apelación obligada a la voluntad ciudadana, la operación de reforma constitucional articulada a través de este mecanismo obtiene un relevante plus reforzado de legitimidad democrática.

Atendiendo a las extraordinarias exigencias que ha de cumplir esta vía de reforma agravada, configurada sobre la base de la necesidad de concitar el apoyo de una mayoría extraordinariamente cualificada en sede

parlamentaria tanto en su origen como en la aprobación, y cuyo desarrollo discurre a través de un complejo recorrido (disolución de las cámaras/ elecciones/referéndum final de ratificación), no es de extrañar que nunca haya sido utilizada en la práctica, permaneciendo inédita tras cuatro décadas de vigencia de la Constitución.

4. Sobre la existencia de límites al poder de reforma constitucional en el ordenamiento jurídico español

4.1. Una aproximación en clave material

Desde una perspectiva material, la respuesta a la incógnita formulada en la rúbrica de este epígrafe resulta negativa: la Constitución de 1978 no incorpora cláusulas de intangibilidad (a diferencia de lo que sucede en otros textos constitucionales, como el alemán, italiano y brasileño, entre otros) y, por lo tanto, no existen límites para el ejercicio del poder de reforma constitucional. Teóricamente, pues, estamos ante una facultad omnímoda que, en última instancia, incluso podría llegar a suprimir los derechos fundamentales.

666

No obstante, esta aseveración cambia de signo si la cuestión de los límites viene a enfocarse sobre la base de consideraciones que, más allá de las previsiones expresas del texto constitucional (dato formal), centra su atención en exigencias de orden sistémico (referentes sustanciales). En este sentido, traemos a colación la referencia al artículo 10.1 CE, en donde se prevé que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. En virtud de lo dispuesto en este precepto nos inclinamos por considerar que en el ADN de nuestro sistema constitucional anida un componente básico referido a los derechos fundamentales cuyo mantenimiento no puede someterse a discusión (es *indiscutible*) con la finalidad de suprimirlo, puesto que ello conduciría a una adulteración que acabaría por desvirtuar la misma esencia de dicho sistema. Razonando de este modo, se llega a la conclusión de que el respeto de la dignidad, en tanto sea principio irreductible que se proyecta sobre la configuración/

comprensión de los derechos inviolables que son inherentes al ser humano, operaría como límite insuperable para el poder de reforma.

Una confirmación –si bien indirecta– del planteamiento aludido se constata en relación no con la determinación de los márgenes últimos accesibles a la transformación de la Constitución mediante su reforma, sino con respecto a la interpretación que mantiene el Tribunal Constitucional en torno a los límites de la cesión de competencias soberanas a favor de la Unión Europea. La referida operación de transferencia se lleva a cabo en el ordenamiento español tomando como referente el artículo 93 CE, en donde se dispone que “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. Estamos, pues, ante una previsión mediante la que se establece una cláusula de naturaleza compleja que incorpora una doble vertiente en cuya virtud se atribuye a las Cortes Generales la facultad para la cesión (dimensión orgánica), exigiendo que la formalización de tal voluntad se produzca a través de una ley orgánica (dimensión procedimental). Nada se dispone, pues, sobre la existencia de materias o competencias *intransferibles*, esto es, cuyo ejercicio no es susceptible de ser cedido a una organización supranacional.

667

Esta es la aproximación mantenida por el Tribunal Constitucional en su Decisión 1/1992, en la que se pronunció sobre la necesidad de reformar el artículo 13.2 CE con carácter previo a la ratificación del Tratado de Maastricht, al detectarse una clara oposición entre lo previsto por éste (en materia de sufragio reconocido a los ciudadanos de los Estados miembros en los comicios locales) y la referida previsión constitucional y en la que abrazó una consideración del artículo 93 CE en clave orgánico-procedimental. Con posterioridad, sin embargo, este enfoque inicial cambió de signo, dando paso a una interpretación novedosa de dicho precepto que viene a atribuirle una dimensión de índole material. En efecto, en su Decisión 1/2004, emitida con anterioridad a que el Reino de España procediese a ratificar el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Alto Tribunal defiende la idea de que la cesión del ejercicio de competencias no presenta un carácter

ilimitado, puesto que existe un sustrato *resistente* a la misma. A partir de tal aseveración, se afirma lo siguiente: “Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)” (Fundamento Jurídico 2). Razona el máximo intérprete de la Constitución que si dichos elementos consustanciales del Estado (que actúan como efectivos *controlimiti*) quedasen comprometidos por el proceso de integración, poniéndose en riesgo o pudiendo quebrar, su cesión no podría llevarse a cabo. A tal efecto, hemos de subrayar que el TC va a mantener en todo momento una aproximación en clave decididamente condicional a la cuestión planteada, afirmando que si dicha hipótesis llegara a producirse –lo que se excluye expresamente en el momento actual de dicho proceso de integración europea– estaría abocado a arrogarse la competencia para defender ese reducto constitucional inexpugnable.

Expuestos los razonamientos esgrimidos en sede jurisprudencial en relación con los límites materiales que se proyectan sobre el proceso de integración de España en la Unión Europea, deviene imprescindible llamar la atención sobre el carácter inmanente de los mismos, puesto que no aparecen expresamente recogidos ni formulados en el texto de la Constitución. Consecuentemente, su afirmación expresa se presenta como la consecuencia resultante del desarrollo de un proceso de naturaleza deductiva (A. SAIZ ARNAIZ, 2005). Sobre la base de la aplicación de dicho *modus operandi*, reiteramos la idea anteriormente expuesta de que es posible llegar a una conclusión sustancialmente idéntica en relación con la existencia de un núcleo intangible referido a los derechos fundamentales –la dignidad humana– que marca un umbral insuperable también para el poder de reforma constitucional *ad intra*.

En todo caso, la discusión planteada circunscribe sus efectos exclusivamente al terreno de la especulación teórica, puesto que, en la práctica, no se ha llevado a cabo ninguna operación de modificación constitucional de

derechos fundamentales en el sentido apuntado. Ítem más, la única reforma constitucional acaecida en España en dicho ámbito, lejos de introducir un efecto desnaturalizador o reductivo, ha traído consigo el efecto justamente contrario, esto es, la ampliación de la titularidad subjetiva del derecho concernido, atribuyendo también el sufragio pasivo, esto es, el derecho a presentarse como candidatos en las elecciones municipales a quienes no gozan de la nacionalidad española. Asimismo, llegado el caso, tampoco cabe perder de vista que en el marco normativo vigente, a pesar del autoasumido papel de defensor del núcleo esencial de la Constitución que se arroga el Tribunal frente a la cesión de competencias soberanas a la Unión Europea, lo cierto es que en el ordenamiento español no existen los cauces procesales pertinentes que permitan vehicular el planteamiento de la correspondiente demanda y aportar la correspondiente solución al conflicto surgido.

4.2. La respuesta ofrecida por la perspectiva formal

Esta segunda dimensión de la cuestión nos sitúa frente a la necesidad de determinar si existe o no una garantía procedimental que tutela y preserva el desarrollo de la reforma en cuanto tal. La incógnita, pues, gira en torno a la existencia de un mecanismo de control formal del proceso y sus requisitos. En el ordenamiento español, la afirmación de dos vías mediante las que acometer la modificación de la Constitución resulta determinante en este sentido. Recuérdese que no estamos ante procedimientos de reforma intercambiables o cuyo uso dependa de la decisión discrecional de los actores legitimados para su activación, puesto que según se desprende expresamente de las previsiones correspondientes, el objeto y contenido del programa de transformación constitucional opera como criterio determinante a la hora de seleccionar cuál de ellos es el idóneo. Así, si lo que se pretende es modificar alguno de los derechos o libertades comprendidas en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, el Título preliminar o el dedicado a la Corona (el II) habrá que vehicular la iniciativa necesariamente a través del procedimiento establecido en el artículo 168 CE. Por el contrario, cualquier otra tentativa en materia de derechos fundamentales cuyo referente no se sitúe en dicha sección o de los ámbitos materiales apenas aludidos, deberá discurrir necesariamente a través del escenario dispuesto en el artículo 167 CE.

Siendo ésta la premisa de partida y recordando que el texto constitucional de 1978 no incluye cláusulas expresas de intangibilidad, se colige sin dificultad que el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico queda circunscrito exclusivamente al ámbito del respeto de los procedimientos establecidos. En efecto, no cabe una verificación de la constitucionalidad de la operación de reforma en términos sustanciales, circunscribiéndose el radio de acción del control desarrollado a determinar si el cauce procesal elegido es no el correcto. Se trata, por lo demás, de un supuesto inédito, que carece de aplicación práctica en nuestro país, puesto que en las dos únicas ocasiones que se han producido reformas constitucionales –ambas a través de lo previsto en el artículo 167 CE– no se ha puesto en tela de juicio la corrección constitucional de la vía elegida.

Una cuestión relacionada con el tema de los límites formales que rigen los procedimientos de reforma se planteó en relación con el íter seguido en 2011 al hilo de la tramitación parlamentaria de las modificaciones introducidas en el artículo 135 CE. En tal ocasión, con la finalidad de acelerar al máximo la aprobación del nuevo contenido de dicho precepto, al que se incorpora expresamente el principio de estabilidad presupuestaria y toda una pléyade de reglas que se deducen del mismo, la Mesa del Congreso acordó que su tramitación se llevaría a cabo mediante los procedimientos de urgencia (que acorta a la mitad la duración de los plazos de tramitación) y lectura única (que reduce sustancialmente el margen de actuación para el planteamiento y la discusión de enmiendas frente a la propuesta presentada), ambos regulados por el artículo 150 del Reglamento de la cámara baja. Van a ser precisamente las resoluciones adoptadas por la Mesa las que se impugnen a través de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional presentado por parte de un grupo de diputados pertenecientes a Izquierda Unida (fuerza política en la oposición, con un perfil extraordinariamente crítico en relación con la estabilidad presupuestaria y su constitucionalización). Alegaban los recurrentes la lesión de su derecho fundamental a desempeñar las funciones propias del cargo representativo (*ius in officium*), según aparece recogido en el artículo 23.2 CE. Lo que se impugna, pues, no es el contenido de la reforma en cuanto tal, sino la forma en la que su tramitación

se llevó a cabo, solicitándose la declaración de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo.

En relación con tal pretensión, los demandantes de amparo formulan un *petitum* que despliega sus efectos en ámbitos que se muestran interrelacionados: en primer lugar, se pone de manifiesto que la complejidad y trascendencia de la operación reformadora excluye *per se* la idoneidad de los procedimientos utilizados, precisamente, porque los mismos están pensados para tramitar proyectos normativos caracterizados por su simplicidad. En segundo lugar, no sólo se denuncia la existencia de un déficit procesal (del que se deriva la alegada vulneración del derecho fundamental de participación política), señalándose, asimismo, la concurrencia de un error procedimental, puesto que la tramitación de la reforma debería haberse llevado a cabo acudiendo a lo previsto en el artículo 168 CE. Esta petición se justifica atendiendo a la incidencia directa que la propuesta presentada de modificación del artículo 135 CE presentada proyecta sobre determinadas previsiones constitucionales, de forma muy señalada, la cláusula del Estado social (artículo 1.1 CE, ubicado en el Título Preliminar). No obstante, para el caso de que el Tribunal rechazara acoger tal argumento, los recurrentes solicitan, de forma subsidiaria, que aun manteniéndose el cauce del artículo 167 CE se excluya taxativamente la tramitación urgente y en lectura única.

671

El TC, por su parte, en el Auto 9/2012, procederá a inadmitir las demandas presentadas al considerarlas despojadas del requisito de “especial trascendencia constitucional” que se exige para entrar a conocer el fondo de los recursos de amparo (artículo 50.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). No obstante, y a pesar de la decisión de inadmisión, el Auto desarrolla un profuso razonamiento sobre la inexistencia de la vulneración del derecho fundamental alegado a cargo de las resoluciones y acuerdos adoptados por la Mesa del Congreso de los diputados. A este respecto, el TC haciendo gala de una aproximación de corte eminentemente formalista, señala que el déficit apuntado por los recurrentes en relación con los procedimientos utilizados para la tramitación de la reforma carecen de fundamento normativo (I. Villaverde Menéndez, 2012). En efecto, ni la Constitución ni tampoco los reglamentos

parlamentarios establecen mecanismos específicos para acometer la discusión y aprobación de las iniciativas de modificación constitucional, de tal manera que las mismas se vehiculan a través de las vías *ordinarias* sin que quepa exigir la exclusión de aquellas que reducen a su mínima expresión la capacidad discursiva y de actuación de los parlamentarios –y, por tanto, de sus derechos– individualmente considerados.

A la luz de lo expuesto en este caso, pero más allá de las circunstancias concretas del mismo, la idea general que debe enfatizarse es que el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en España no tiene como objeto su contenido, limitándose la actividad desarrollada por el TC únicamente a verificar la idoneidad de los actos mediante los que aquéllas se tramitan. A tal efecto, y este es el segundo aspecto a remarcar, la única vía procesal para acceder a la jurisdicción constitucional es el recurso de amparo, el cual, como no puede ser de otra forma, deberá aparecer fundamentado en la denuncia de violación del derecho fundamental de participación política que en el desarrollo de su cargo representativo corresponde a los parlamentarios.

5. Reflexiones conclusivas

Como hemos tenido ocasión de señalar a lo largo de este trabajo, los mecanismos de reforma previstos por la Constitución de 1978 gozan de un ínfimo nivel de operatividad práctica en España. El hecho es que tras cuatro décadas de existencia avalados por un balance netamente positivo (estamos ante la Constitución democrática más longeva de nuestra historia), no resulta posible ignorar que el edificio constitucional se resiente por el paso del tiempo y también por la trascendencia de los cambios acaecidos en los años transcurridos. La sociedad, la economía, la articulación territorial del poder o la funcionalidad de las instituciones, han experimentado modificaciones dotadas de la máxima trascendencia que requieren contar con el pertinente reflejo constitucional. Se impone, pues, la necesidad de adecuar la Constitución a la realidad en la que ésta opera, ya que de lo contrario, quedará abocada a la pérdida de su fuerza normativa, así como de su capacidad para operar efectivamente como norma suprema del ordenamiento jurídico.

La fragmentación en la que se ha instalado el panorama político español a partir de 2014 (con la eclosión de nuevos actores que han logrado insertarse en el circuito representativo y que han venido a alterar el modelo de bipartidismo imperfecto vigente desde la entrada en vigor de la Constitución), unida a la ausencia secular de una cultura de reforma constitucional, operan como un potente lastre que, en la práctica, dificulta enormemente la posibilidad de alcanzar acuerdos que culminen con la aprobación de las transformaciones pendientes. En todo caso, a pesar de tales dificultades y siendo conscientes de que las mayorías requeridas exigen un consenso especialmente reforzado, debe ponerse de manifiesto que no estamos ante una suerte de *misión imposible*, condenada al fracaso en todo caso. Muy al contrario, el acuerdo se perfila como posible: baste con tener presente que para aprobar una ley orgánica se requiere mayoría absoluta, esto es, el 51% de los votos, mientras que si lo que se pretende es reformar la Constitución por la vía del artículo 167 la mayoría requerida es de tres quintos, lo que en términos porcentuales supone un apoyo del 60%.

673

La cuestión determinante que explica el inmovilismo reformador apunta en otra dirección, poniendo en evidencia un importante error de enfoque, puesto que el imprescindible consenso que se requiere para llevar a cabo la reforma constitucional no puede operar como precondition necesaria de cara a iniciar dicho proceso. Por el contrario, tal exigencia solo se muestra insoslayable en el punto de llegada, permitiendo clausurarlo con éxito. En el momento inicial sólo cabe exigir un acuerdo en torno a la determinación del perímetro de la reforma constitucional. Pero a partir de ahí, los términos del debate deben discurrir libremente, acogiendo una dialéctica presidida por la discusión de ideas contrapuestas que permita un proceso de decantación y progresiva concreción que culmine en un acuerdo.

En todo caso, y a pesar de las adversas condiciones políticas señaladas, nos permitimos presentar, sin ánimo de exhaustividad, un sucinto elenco de cuestiones en materia de derechos fundamentales que, en nuestra opinión, se muestran necesitados de *aggiornamento* constitucional en relación con el ámbito específico de los derechos fundamentales:

- 1) Para empezar, en clave de reforzamiento de la igualdad y determinada por una decidida voluntad de atribuirle el valor esencial que le corresponde, una hipotética operación de reforma constitucional debería situar en primer término el carácter paritario de nuestro sistema democrático. Es cierto que ya en el ordenamiento constitucional actualmente vigente se encuentra recogida la igualdad y que ésta aparece formulada en diversas vertientes. En primer lugar, como valor superior de dicho ordenamiento (artículo 1.1 CE). Asimismo, como exigencia de promoción que se proyecta sobre los poderes públicos de cara a conseguir su logro en términos reales y efectivos (artículo 9.2 CE). Esta modalidad de la igualdad en sentido material, directamente inspirada en el artículo 3 de la Constitución italiana de 1948, se predica tanto de los individuos como de los grupos en los que éstos se integran. Por su parte, el Capítulo 2º del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica “De los derechos y libertades” aparece encabezado por la proclamación de la igualdad de todos los españoles ante la ley, quedando expresamente proscrita toda discriminación, entre otras causas, por razón de sexo. Igualmente, debe ponerse de manifiesto la existencia de un significativo caudal de leyes que abogan específicamente por establecer un sistema efectivamente igualitario, eliminando las diferencias de trato que tradicionalmente han dado lugar a un estatuto jurídico de la mujer no equiparado al del varón. Pero aun así y sin dejar de subrayar los avances producidos, insistimos en que la configuración constitucional expresa de nuestra democracia como paritaria debe ser objeto de atención, incorporándose una de una referencia expresa. Tal exigencia, por lo demás, aparece directamente conectada con la afirmación que pone de manifiesto que la democracia o es paritaria o sencillamente no puede considerarse como tal (B. Rodríguez Ruíz, 2017).
- 2) En el actual contexto de globalización en el que nos encontramos y en el que los flujos migratorios en España muestran una importancia en absoluto desdeñable tanto en términos

demográficos, como sociales y económicos, no puede seguir manteniéndose una aproximación al derecho de participación política tan restrictiva como la que llevan a cabo los artículos 13 y 23 de la Constitución de 1978. En efecto, sin despojar de importancia al criterio de la nacionalidad, que sigue teniendo un valor preponderante, no puede erigirse éste en el único que en términos prácticos es tenido en cuenta a la hora de reconocer la titularidad del derecho de participación en las elecciones. El hecho es que en nuestro país residen millones de personas que, por no haber nacido en el mismo, se ven privados del derecho de sufragio pudiendo aspirar, como máximo, a participar en las elecciones municipales y siempre cuando se cumplan con los requisitos constitucionalmente establecidos, a saber, que así lo reconozca una ley o tratado internacional y que se produzca en términos de reciprocidad (artículo 13.2 CE). El signo de los tiempos y las legítimas reivindicaciones de lograr una integración plena exigen una aproximación dotada de una mayor profundidad democrática, en donde el concepto de ciudadanía se muestre más inclusivo y ofrezca cabida a una porción destacada de la realidad que en la actualidad carece de reflejo en la misma. Con lo que ello supone en términos de déficit de legitimidad del sistema en su conjunto.

- 3) También desde una perspectiva de apertura, y tras casi 25 años de integración en la Unión Europea, resulta imprescindible que, en la línea de lo sucedido en otros Estados miembros, nuestra Constitución tome nota expresa de tal circunstancia. Porque la cualidad de Estado integrado en una organización supranacional a la que se han cedido competencias soberanas y cuyas normas jurídicas presentan en relación a éstas los rasgos de primacía y efecto directo, trae consigo profundas modificaciones en la configuración estatal y en el ejercicio de sus funciones (es el denominado efecto de *europaización*) que deben aparecer explícitamente reflejados en el texto de la Constitución (A. Carmona Contreras, 2), 2020). España es –y sigue siendo– un Estado social y democrático de Derecho, según proclama el

artículo 1.1 de la Constitución, pero tales rasgos existenciales no pueden entenderse en su integridad si no es atendiendo a las consecuencias derivadas de la pertenencia a la Unión.

- 4) Asimismo, consideramos imprescindible que el derecho a la vida (artículo 15 CE) incorpore una referencia expresa al derecho a una muerte digna, abriendo el camino para la regulación de la eutanasia. En esta línea, debe ser objeto de especial mención el hecho (cargado de una indudable relevancia) de que el Congreso de los Diputados ha aprobado el pasado 17 de diciembre la proposición de ley orgánica que despenaliza dicha práctica. Como reza en su justificación, esta iniciativa aspira ofrecer una respuesta adecuada a la cuestión de la eutanasia, justificando su legalización, teniendo muy presentes los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, así como el debido respeto a otros bienes constitucionalmente protegidos tales como la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.

676

- 5) Atendiendo a los avances tecnológicos y, sobre todo, a la incidencia que los mismos proyectan sobre la comprensión, el ejercicio y la protección de todos aquellos derechos fundamentales relacionados con la intimidad y la privacidad sería pertinente abordar una operación de constitucionalización explícita de los derechos digitales. Ajustar la configuración de los derechos señalados anteriormente, tomando en consideración las condiciones en las que los mismos se desarrollan en el actual entorno virtual permitiría establecer un sistema de protección en concomitancia con las exigencias concurrentes.

Una interesante iniciativa en este campo temático ha venido de la mano de la aprobación en diciembre de 2020 de la Carta de Derechos Digitales (actualmente en período de consultas públicas), la cual tiene como objetivo reconocer los retos que plantea la adaptación de los derechos actuales al entorno virtual, y proponer un marco de referencia para contribuir a su protección en ese contexto. Con esta propuesta de Carta se pretende que

España se sitúe en una posición de vanguardia internacional en la protección de los derechos de la ciudadanía y contribuir activamente a las diferentes iniciativas y debates que se están desarrollando en el ámbito europeo y global.

- 6) Una referencia específica merecen los derechos sociales que, en su mayor parte –y salvo las excepciones puntuales de los derechos a la educación (artículo 27 de la Constitución) y a la libertad sindical y el derecho de huelga (recogidos en el artículo 28 CE)– vienen a ubicarse en el Capítulo 3 del Título I de la Constitución (artículos 39 a 52) bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica. El rasgo principal que caracteriza su estatus jurídico es que aparecen despojados de las garantías que acompañan a los derechos fundamentales en sentido estricto (esto es, los recogidos en el capítulo inmediatamente precedente), tanto las de carácter objetivo (eficacia directa, contenido esencial, reserva de ley), como las subjetivas. Así se desprende de forma indubitada atendiendo a lo dispuesto por el artículo 53.3 de la Constitución al afirmar que “(E)l reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Resulta, pues, que despojados de naturaleza *iusfundamental*, estamos en presencia de principios cuya naturaleza se concreta única y exclusivamente en la atribución de un valor meramente informador u orientativo, ciertamente no vinculante, de la acción desarrollada por los poderes públicos. Asimismo, privados de eficacia directa, su tutela por parte de los tribunales ordinarios de justicia se hace depender de la existencia de leyes previas que los regulen.

Este *modus operandi* constitucional ha sido objeto de importantes críticas, que han procedido a poner de manifiesto el espíritu escasamente garantista del que adolece la regulación vigente.

Para contrarrestar esa debilidad constitucional congénita de los derechos sociales, se ha incidido la necesidad de su reforzamiento, elevando su cualificación jurídica.

Por nuestra parte, consideramos necesario enfatizar la idea de que, sin negar la necesidad de que se avance en tal sentido, dotando a estos derechos de una mayor carga de profundidad constitucional que permita el avance de la vertiente social que caracteriza a nuestro Estado (artículo 1.1 CE), no cabe ignorar la problemática que su efectiva aplicación práctica se deriva de los mismos. En efecto, como es sabido, la mayor parte de los derechos sociales presentan un contenido prestacional, de tal manera que su efectividad práctica requiere inexcusablemente la existencia de las correspondientes dotaciones presupuestarias que permitan su activación. A su vez, y como requisito concurrente, es imprescindible que los actores institucionales responsables procedan a definir la hoja de ruta de todas aquellas políticas públicas, cuya puesta en marcha se erige en inexcusable marco de referencia. Se trata no sólo de declarar derechos sino también de acompañar tales declaraciones de los medios materiales necesarios que las hagan viables.

Debemos, pues, insistir en la complejidad que acompaña al capital tema de la efectividad práctica de los derechos sociales. Una efectividad que no queda asegurada únicamente por elevar su rango constitucional, abandonando su actual consideración como principios y pasando a considerarlos como derechos fundamentales en sentido estricto. Porque aun admitiendo que podría considerarse una suerte de condición necesaria (premisa que no compartimos), lo cierto es que no resulta suficiente en sí misma. La cuestión que en modo alguno se puede ignorar es que el objetivo planteado no puede alcanzarse sin tejer una imprescindible red de actuaciones públicas, que van desde la reserva presupuestaria a favor de determinadas actuaciones sociales, pasando por la necesaria definición de adecuadas políticas públicas a través de las cuales vehicular las actuaciones en dicha materia.



Bibliografía

1. BAZÁN, Víctor: “Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant lo Blanch, 2013.
2. CARMONA CONTRERAS, Ana:
 - “El espacio de derechos fundamentales de la Unión Europea: De la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 107, 2016.
 - “Sobre el futuro de la Constitución: proyección y encaje europeos”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 107, 2020.
3. GARCÍA ROCA, Francisco Javier: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Civitas, 2019.
4. GORDILLO PÉREZ, Luis I. -Martinico, Giuseppe: *Historias del país de las badas: la jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Aranzadi, 20
5. PÉREZ ROYO, Francisco Javier: *La reforma constitucional inviable*, Catarata, 2015.
6. RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca: *Género y Constitución: mujeres y varones en el orden constitucional español*, Juruá Editorial, 2017.
7. SAIZ ARNAIZ, Alejandro; FERRERES COMELLAS, Víctor; LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *Constitución española y Constitución europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
8. VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oximorón constitucional? Comentario al ATC 9/2012, *Teoría y realidad constitucional*, n. 30, 2012.

Interpretación constitucional y garantía de los derechos sociales

✍ MARC CARRILLO*

1. La interpretación constitucional en la Constitución normativa

La introducción de la jurisdicción constitucional como elemento de cierre del ordenamiento jurídico ha supuesto una importante transformación del valor de la Constitución como norma suprema del sistema de fuentes y de la jurisdicción constitucional como garante de su normatividad. Ello constituye un presupuesto ineludible para comprender el alcance y los límites de la garantía de los derechos sociales reconocidos en el texto constitucional.

681

No es arriesgado afirmar que la interpretación jurídica se ha configurado como el núcleo central de la Teoría de la Constitución. La jurisdicción constitucional interpreta y, en su caso, depura el ordenamiento jurídico de disposiciones contrarias a la norma suprema. Y no sólo eso, puesto que a través de la hermenéutica constitucional colabora decisivamente a la configuración de la dogmática jurídica de la Constitución. En este sentido, la determinación de la eficacia jurídica de aquellos derechos como los del ámbito económico y social, donde la acción positiva del Estado tiene un especial relieve, constituye un reto para la norma constitucional. Sobre todo, como es el caso de la mayoría, las actuales

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona/España).

constituciones de los Estados democráticos presentan un alto grado de referencias axiológicas que abren la puerta a su concreción mediante los diversos métodos de interpretación constitucional.

La apelación a los valores superiores plantea, no obstante, la cuestión del activismo judicial y, en especial, la naturaleza de las funciones encomendadas a los tribunales constitucionales. La Constitución es el parámetro para la interpretación, pero afirmar esto, en ocasiones, es decir poca cosa. La componente valorativa de la Constitución precisa de una mediación normativa del legislador que concrete su contenido; cuando esta mediación no existe se acentúa el problema de la delimitación de las funciones de los tribunales constitucionales, que no pueden sucumbir a la tentación de suplantar al Parlamento. La reivindicación de la ley como concreción del mandato constitucional tiene por objeto ubicar en nuestro sistema jurídico la posición correcta de la justicia constitucional y de los órganos judiciales. Sería reductivo y enormemente equívoco afirmar como lo hacía SMEND, que “*la Constitución sólo vale en los términos en los que el juez constitucional la interpreta*”.

682

La relevancia de la interpretación jurídica en los sistemas de *civil law* constituye un punto en común con el sistema jurídico de *common law*, pero a partir de aquí las diferencias son considerables. Como es sabido, la interpretación jurídica es un conjunto de procesos lógicos y prácticos a través de los cuales se atribuye significado a una norma jurídica. Su aplicación, responde, en lo esencial, a los siguientes principios:

- 1) El proceso de interpretación no puede ser entendido como la aplicación mecánica de un silogismo de subsunción lógica. Ello significa que: a) la atribución de significado a un precepto jurídico no es un proceso subjetivo, sino que, como ha determinado el Tribunal Federal alemán, ha de ser expresión de la voluntad objetivada que se contiene en la ley; b) el proceso interpretativo está sometido a límites jurídicos, políticos y sociales; c) los métodos de interpretación no pueden ser entendidos de manera compartimentada. Sin perjuicio de su viabilidad individual, es común que se apliquen de forma combinada.

- 2) Un segundo principio sobre la interpretación constitucional exige que el Tribunal incorpore elementos de la realidad al proceso hermenéutico. Es lo que HESSE ha denominado el proceso de concretización de la Constitución. Ahora bien, la jurisdicción constitucional, al igual que el Parlamento, sigue siendo un poder constituido limitado por la norma suprema; por ello, no está habilitado para poder operar como poder constituyente constituido; no le está permitido transformar la obra del constituyente.
- 3) La función del intérprete no es otra que buscar la solución más justa, y aquella que se adapte mejor al sentido interno de la ley, a través de una resolución que habiendo, sido adoptada con criterio flexible, nunca pueda ser entendida como una arbitrariedad, que choque con el precepto constitucional.

En este sentido, parece evidente que el intérprete de la Constitución no puede alterar la configuración del sistema jurídico y, por tanto, le está vedada también la posibilidad de modificar el sistema normativo. Los valores y principios constitucionales desempeñan una función de apertura del ordenamiento jurídico a los fundamentos axiológicos del sistema de convivencia esbozado por el constitucionalismo surgido de la segunda postguerra mundial.

683

Si, como consecuencia de la aplicación de estos valores, el juez considera que una norma vulnera la Constitución, su desacuerdo jurídico no podrá ser producto de una decisión volitiva o instintiva, sino resultado de un razonamiento jurídico basado no solamente en la norma y también en el marco axiológico que por prescripción constitucional la sostiene.

¿Significa ello que el juez crea Derecho?. No puede darse una respuesta categórica. De hecho, la misma subsunción de la norma en un supuesto fáctico implica, en ocasiones, una elección y, por tanto, una valoración con efectos eventualmente creativos. Pero, en todo caso, la interpretación jurisdiccional no puede devaluar la Constitución.

La sobrevaloración del momento hermenéutico no puede hacer olvidar los criterios de legitimidad que caracterizan al sistema normativo.

Como advertía con razón Carlos Santiago NINO, los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática. En todo caso, la tensión entre legislador democrático y jurisdicción constitucional, como recuerda FERRERES COMELLA, constituye el reto principal del Derecho Constitucional contemporáneo.

Ello no es obstáculo para extraer toda la potencialidad de los preceptos constitucionales, cuyas consecuencias, como ha puesto de relieve ALONSO GARCIA, eran impensables en el constitucionalismo clásico. Así, no cabe duda, si se toma como referencia, por ejemplo, la Constitución española, de la combinación del art.45 (derecho al medio ambiente) con los artículos 105 (principio constitucional que reconoce, de acuerdo con la ley, el derecho de acceso a archivos públicos) y el artículo 132 (que reconoce los bienes de dominio público,) se deduce un derecho subjetivo de las asociaciones de protección del medio ambiente, al acceso directo a los archivos y registros públicos donde obran los expedientes relacionados con el otorgamiento de licencias industriales, así como para participar en los procedimientos administrativos para la toma de cualquier decisión que pueda tener impacto ambiental.

684

Como conclusión, es preciso retener que tanto el juez ordinario como –especialmente– el juez constitucional, tienen encomendada una decisiva labor en la conformación de una nueva Teoría de la Constitución aplicando selectivamente los criterios interpretativos con atención a los diversos bloques constitucionales. Para ello, el conjunto integrado por el sentido literal, la conexión de significado y la finalidad de la ley, constituye un límite que, de ser franqueado, únicamente lo podrá ser por el legislador.

2. La condición normativa de la Constitución

Si la interpretación constitucional tiene la relevancia que se acaba de subrayar para dar sentido a la Constitución normativa, ¿qué significa atribuir este carácter a la *norma normarum*?

La Constitución del Estado democrático tiene carácter normativo porque vincula a todos los poderes públicos y a los particulares. Es la

norma fundamental del Estado. En la medida que con la consolidación de la jurisdicción constitucional, la llamada soberanía del Parlamento ha dejado de existir y la ley como fuente de derecho ha quedado subordinada a la interpretación constitucional, la función de interpretar se ha convertido en la parte esencial de la Teoría de la Constitución (RUBIO LLORENTE, 2012, p. 1351).

Precisamente por esta razón, la función interpretativa está subordinada a la noción que se tenga de la Constitución (JIMÉNEZ CAMPO, 2011, P. 63-65). No es una cuestión neutra. En este sentido, siguiendo a este autor, se hace necesario precisar algunas características que ha de presentar la norma suprema:

- 1) El carácter vinculante de todas sus normas, ya sean principios o reglas. En el caso de la Constitución española (en adelante, CE), ésta vincula a poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1 CE). El carácter vinculante no significa que todos los preceptos constitucionales sean aplicables directamente (auto-aplicativos) ni que generen obligaciones jurídicas de forma inmediata, sino que, en algunos casos, constituyen simples mandatos al legislador (por ejemplo, en relación a algunos derechos sociales), que legitiman la intervención de la administración para intervenir o limitar determinadas actividades. Por tanto, el carácter normativo atribuido a la norma constitucional ha de ser matizado. En realidad, la expresión tiene un valor más retórico que real, porque no todas las normas contenidas en la Constitución tienen la misma naturaleza. Unas vinculan más que otras (NIETO, 1983, p. 377).
- 2) La calidad de ser una Constitución abierta, lo que significa que si bien toda Constitución incorpora reglas taxativas, que excluyen un margen de opción al legislador, otra buena parte de su contenido permite un margen de interpretación política al legislador en el marco de los límites establecidos por la Constitución (HESSE, 1983). De esta forma, desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional ha interpretado que «la

Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981; STC 174/1989).

- 3) La Constitución positiva. La Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, y también norma positiva creada por el poder constituyente, que expresa un orden objetivo de valores (STC 53/1985).
- 4) Constitución histórica. Es decir, la Constitución no surge de una situación de vacío jurídico, sino que procede de una sociedad jurídicamente organizada (STC 108/1986).

La función de interpretar la Constitución no es un monopolio de la jurisdicción constitucional, sino que en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada corresponde a todos los poderes públicos, en especial a los jueces y tribunales (GASCÓN ABELLÁN, 2014, p. 286), y también a los ciudadanos en sus actuaciones de carácter jurisdiccional. Sin embargo, en los sistemas de *civil law*, es sólo al juez constitucional a quien corresponde la condición de ser el intérprete supremo de la Constitución. Y, por tanto, sólo a él le está atribuido el juicio sobre la validez de la ley.

686

A partir de esta premisa, el juez ordinario ya no es un autómatas, no es un mandatario de la ley. Cuando aplica la ley o cuando plantea una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre una ley aplicable al caso concreto también interpreta la Constitución. Y en esa labor interpretativa el juez puede crear Derecho siempre que se sujete a la ley cuya validez no haya sido cuestionada por el Tribunal Constitucional.

La interpretación de la Constitución, es ante todo, una interpretación de carácter jurídico cuyo objeto es determinar el sentido conforme a criterios basados en la argumentación racional y coherente que permita crear certeza y seguridad jurídica y no una simple decisión. Asimismo, es una interpretación de carácter jurisdiccional que se lleva a cabo con ocasión de un proceso. Y finalmente, la interpretación constitucional se refiere a un tipo de Constitución, que es la del Estado constitucional democrático y no otra (JIMÉNEZ CAMPO, 2011, p. 64).

Desde la perspectiva jurídica, la importancia de la interpretación constitucional aparece cuando la Constitución, como norma suprema del Estado, actúa no sólo como un límite político sino, sobre todo, como un límite jurídico para el legislador (RUBIO LLORENTE, 2012, p. 1362). Es en este contexto en el que el juez constitucional no puede ignorar que el legislador no es un simple ejecutor de la Constitución, sino que la ley es el resultado de la voluntad de una mayoría parlamentaria que, a la vez, es fruto del pluralismo político reconocido por la misma norma constitucional. En este sentido, es preciso subrayar que, desde un punto de vista estructural, la norma constitucional es distinta de la ley, la norma del legislador. La Constitución presenta un carácter más genérico y contiene preceptos jurídicos con un alto grado de abstracción, conceptos jurídicos abiertos y algunas reglas que se reducen a establecer límites; por tanto, la Constitución no es habitual que establezca reglas inequívocas. En consecuencia, es habitual que la Constitución permita al legislador ofrecer diversas soluciones para regular una misma materia. Y es aquí cuando puede aparecer el conflicto constitucional y donde la interpretación jurídica resulta decisiva. En definitiva, se trata de un conflicto entre la interpretación del legislador y la interpretación del juez constitucional. La primera encuentra su legitimidad en la ley como expresión de la voluntad popular, mientras que para la segunda su legitimidad deriva del poder de interpretar el Derecho que le otorga la Constitución y de la que se espera una argumentación jurídica expresada en términos de razonabilidad.

3. Sobre los métodos de interpretación constitucional y su aplicación a los derechos y libertades

Si bien es cierto que los métodos de interpretación tradicional acuñados por Savigny y recogidos habitualmente en los Códigos Civiles que son insuficientes para abordar los problemas específicos que plantea la interpretación constitucional, ello no significa que no hayan sido rechazados. Seguidamente, haremos referencia a dos métodos tradicionales de la interpretación jurídica que, según los casos, adquieren especial trascendencia para la hermenéutica constitucional: los antecedentes históricos y la finalidad de la norma.

- 1) Por ejemplo, en relación a la regla relativa a los antecedentes históricos y legislativos de la ley. Se trata de una distinción que permite diferenciar, en el primer caso, entre la evolución normativa de la materia de que se trate explicada en su contexto social, político y económico, mientras que, en el segundo caso, determinan el proceso de elaboración institucional de la norma, ya sea en sede parlamentaria o gubernamental (SÁINZ MORENO, 2011: 370). Pues bien, en relación a este método interpretativo en España el Tribunal Constitucional ha interpretado que, si bien el proceso reglado de producción de las normas jurídicas facilita el conocimiento de los antecedentes legislativos, la jurisprudencia constitucional suele negar valor vinculante al resultado de la investigación afirmando que debe prevalecer la voluntad de la ley (STC 12/1982).
- 2) En relación a la interpretación sobre la finalidad de las normas, el Tribunal se ha planteado el problema del valor jurídico de los preámbulos de las leyes. ¿Expresan verdaderas normas jurídicas, susceptibles de aplicación jurisdiccional?; o, por el contrario, ¿son solamente una declaración de intenciones, textos con valor programático privados de efectos jurídicos? A juicio de GUASTINI (2008: 95), la respuesta negativa es clara: el preámbulo expresa ideas políticas, morales, y religiosas que la Constitución intenta promover. Normalmente, el preámbulo no dicta una norma jurídica precisa para el comportamiento humano y, por tanto, tiene un carácter ideológico, más que jurídico. En un sentido similar, el Tribunal afirma que el preámbulo de una ley no es una norma y, por tanto, no puede dar lugar a una vulneración constitucional (STC 132/1989).

El espíritu y la finalidad de las normas que son interpretados, en general, de forma conjunta determinan su eficacia y delimitan los derechos y potestades que se derivan. En consecuencia, la interpretación abusiva, contraria a la buena fe, antisocial o desviada de los fines de la norma no está amparada por ley. Por tanto, la interpretación contraria a la razón o sentido de la

norma debe ser rechazada, y las interpretaciones que conducen al absurdo deben ser rechazadas (STC 149/1991).

3) Pero, sin duda, más allá de los métodos tradicionales de interpretación jurídica de raíz civilista, el juez constitucional español ha recurrido a otras técnicas hermenéuticas que son imprescindibles para afrontar los retos de la naturaleza específica de la norma constitucional. En este sentido, seguramente se puede hablar de técnicas específicas que son empleadas en función del procedimiento constitucional aplicado: sea en el juicio de constitucionalidad de la ley del Parlamento (control abstracto) o las decisiones judiciales sobre derechos y libertades (control concreto); o sea en los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En ambos casos, las técnicas empleadas por la jurisdicción constitucional han sido también utilizadas con frecuencia por la jurisdicción ordinaria, es decir, que han mostrado una porosidad tanto en el juez administrativo como en el juez judicial. En este sentido, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional, especialmente en su jurisprudencia sobre derechos y libertades, también ha ejercido una función de pedagogía hermenéutica sobre los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria.

689

Las normas constitucionales que regulan los derechos y libertades en la CE presentan una importante fundamentación axiológica: además del artículo 1.1 CE en el que se establece que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son los valores superiores del ordenamiento jurídico, el artículo 10.1 CE determina que *«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»*.

De acuerdo con este marco constitucional, la interpretación de los derechos y libertades se realiza en un contexto en el que la norma constitucional contiene preceptos que, en unos casos, son precisos y, en otros, son indeterminados. En este último caso, la importancia de la interpretación

se acrecienta en los supuestos de colisiones de *derechos*. Y es aquí donde el *juicio de ponderación* y el *juicio* de proporcionalidad aparecen como las reglas hermenéuticas más frecuentemente utilizadas. Y siempre de manera preferente al método de la *jurisprudencia de valores*, por el riesgo de que pueda convertirse en una vía abierta al subjetivismo del juez.

En la jurisprudencia constitucional son muy frecuentes y variados los supuestos de confrontación de derechos, por ejemplo: una colisión entre libertad personal y la seguridad pública (STC 34/2016); o entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información (STC 186/2013); o entre el derecho de manifestación y el orden público (STC 193/2011); o entre la libertad económica y la libertad de empresa (181/2014); o entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación (STC 47/1985); o entre la vida y la libertad del titular de la misma, etc.

690

Pues bien, en todos estos conflictos el Tribunal, aplica estos criterios en los que cabe destacar la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y de las Cortes Constitucionales de Alemania e Italia. Y, por supuesto, también de la doctrina que ha permitido influir sobre la argumentación jurídica utilizada para este tipo de conflictos entre derechos y libertades. Así, por ejemplo, para diferenciar cuando se producen entre reglas jurídicas o cuando se dan sobre principios. De acuerdo con (GASCÓN ABELLÁN, 2014, 302), la diferencia puede presentarse de la siguiente forma: cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que o bien, una de ellas no es válida (de acuerdo con el criterio de jerarquía o de competencia), o bien no es vigente (criterio cronológico), o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Sin embargo, cuando la contradicción se produce entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda triunfar uno sobre otro.

Para todo este tipo de colisiones entre derechos, el juicio de ponderación tiene por objeto evaluar la importancia de cada una de las normas tratando de buscar una solución armonizadora. Y cuando la armonización no es posible será preciso adoptar una distinta, que permita optimizar para el caso concreto la norma de aplicación preferente.

Parece evidente que el juicio de ponderación estimula la argumentación moral, en todo caso la argumentación abierta, razón por la cual se trata de una operación notablemente discrecional. Es decir, de un *juicio de razonabilidad* en la decisión. Ahora bien, siguiendo a (GASCÓN ABELLÁN, 2014, 304) no se trata de un juicio arbitrario. Porque, de hecho, por la vía jurisprudencial se pueden crear las condiciones de prioridad *prima facie* (esto es, las reglas sobre la carga de la argumentación) y las estructuras de la argumentación (es decir, sobre las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para tomar una decisión.

Este método interpretativo conduce a la aplicación del juicio de proporcionalidad (BERNAL PULIDO, 2003). El Tribunal ha tenido muy en cuenta este método en conflictos de derechos en los que, entre otros, se plantean cuestiones que conciernen a la garantía del principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE). El juicio de proporcionalidad acerca de la legitimidad constitucional de una norma o de una medida limitadora de derechos comporta examinar: a) la *idoneidad*: la norma o medida limitadora ha de ser adecuada para la protección del fin o principio constitucional; b) la *necesidad*: será acreditar que no existe otra medida que resulte menos gravosa o restrictiva, es decir que si existen dos medios igualmente idóneos se debe escoger el más benigno; y c) la *proporcionalidad en sentido estricto*: acreditar que la satisfacción del principio o la norma constitucional justifica la intervención y, por tanto, la limitación del otro.

691

4. Las funciones y los límites de la interpretación de las normas por el juez constitucional

La interpretación de la Constitución atribuida a la jurisdicción constitucional es una garantía de su condición normativa frente a los excesos de las mayorías parlamentarias. La cuestión más controvertida que plantea la existencia de los tribunales constitucionales es su relación con el principio democrático y el principio de la separación de poderes. ¿En qué medida un colegio de jueces expertos puede rechazar la ley del legislador democrático? La respuesta afirmativa a la necesidad de la

jurisdicción constitucional pone de relieve la importancia de la interpretación constitucional, como un elemento esencial de la Teoría de la Constitución.

Porque, en efecto, tanto en relación con el sistema de derechos y libertades como con la forma distribución territorial del poder político, el juicio de constitucionalidad de la ley en España plantea idénticos problemas interpretativos: cuando se trata de la indeterminación del texto constitucional, es preciso articular formas para resolver los problemas que se derivan de conceptos controvertidos o de las colisiones entre disposiciones; si se trata de defender la dignidad democrática de la ley, habrá que tener en cuenta, el principio de la interpretación conforme y el principio de deferencia hacia el legislador democrático, etc. (FERRERES, 2007, pp. 21-52). En esta labor de renovación interpretativa en el sistema jurídico español, han jugado papel decisivo una parte importante de los magistrados del Tribunal Constitucional en sus primeras épocas.

692

Sobre la existencia de poderes y contrapoderes interpretativos, a la pregunta recurrente que puede ser formulada acerca de determinar, ¿a quién corresponde la última palabra? una primera la respuesta la ofrece el artículo 164 CE: las sentencias del Tribunal Constitucional tienen valor de cosa juzgada a partir del día de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Asimismo, las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen efectos frente a todos. Por tanto, en principio, la vía para cuestionar la interpretación constitucional es, o bien que el propio Tribunal revoque su jurisprudencia posteriormente en un caso similar (*overruling*), o bien que el poder constituyente constituido revise la Constitución.

Ahora bien, en los Estados miembros de la Unión Europea (UE), caracterizados por disponer de un sistema jurisdiccional a tres niveles (Constitución nacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea), el papel de la interpretación desarrollada por los tribunales nacionales se ha visto, parcialmente, desplazado en favor de estos tribunales internacionales de ámbito regional.

Ya es un lugar habitual en la doctrina *ius publicista* emplear el término de constitucionalismo multinivel para referirse a la pluralidad normativa que caracteriza al sistema constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea (UE o Unión) (TORRES PÉREZ, 2009). La concurrencia de las Declaraciones de Derechos contenidas en las constitucionales nacionales, en las de la justicia convencional que proporciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, finalmente, el sistema jurisdiccional que el Tratado de la Unión Europea (TUE) establece a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para la garantía de los derechos y libertades reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), justifican esta pluralidad de niveles de garantía jurisdiccional.

En este sistema heterogéneo de garantías, además de los tribunales nacionales, el TEDH con sede en Estrasburgo ha tenido y sigue teniendo un notorio protagonismo como órgano supraestatal de tutela de los derechos de libertad y de participación política de los ciudadanos de los Estados miembros del Consejo de Europa. Pero, además, en el lento y tortuoso construido para de integración política de la Unión Europea iniciado a partir del Tratado de Maastricht en 1992, se ha añadido la CDFUE al serle reconocido el mismo valor jurídico que a los Tratados (art. 6 del TUE). Razón por la cual, se ha acrecentado la función jurisdiccional al del TJUE de garantía de los derechos y libertades. Y en este nivel de la tutela de los derechos de los ciudadanos en los Estados miembros de la Unión, el incidente procesal de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) se ha consolidado como un instrumento especialmente adecuado para asegurar la observancia del Derecho de la Unión cuando éste es aplicado por las instituciones, órganos y organismos de la UE, así como también por las instituciones de los Estados.

La cuestión prejudicial ha comportado la descentralización del sistema judicial de la UE, puesto que ha atribuido a los jueces nacionales la capacidad para participar en el proceso de interpretación del Derecho Europeo a través de la remisión de las cuestiones al Tribunal de Luxemburgo. En este contexto, la interpretación y la aplicación del Derecho

de la Unión se ha descentralizado, dejándose, esencialmente, en manos de los jueces ordinarios, que actúan para ello de acuerdo con las reglas interpretativas establecidas por la jurisprudencia del TJUE. A este respecto, por ejemplo, la sentencia del TJUE (Caso Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107) relativa a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español, es un caso significativo de control de la interpretación realizada por una jurisdicción nacional.

5. Los derechos sociales entre la Constitución, el legislador y el juez: cuestiones controvertidas acerca de su exigibilidad jurídica ante los tribunales

Las reglas de interpretación jurídica que han sido expuestas cobran especial relieve ante el juez constitucional cuando éste ha de resolver las controversias que se derivan de la siempre compleja tutela de los derechos del ámbito social, donde el margen de decisión de la justicia constitucional se enfrenta más directamente con las opciones políticas del Parlamento. El juicio de contraste de la ley con la Constitución se adentra en un terreno complicado y a veces incluso pantanoso. La razón no es otra que la que se puede producir si ante ley del Parlamento el juez constitucional muestra una actitud *activista* que pueda ser interpretada como una suplantación jurisdiccional de la voluntad expresada por el órgano legislativo en la ley. En definitiva, cuando el conflicto se produce entre la llamada dignidad democrática de ley y la interpretación del juez de la Constitución.

A fin de abordar esta cuestión en relación con la garantía efectiva de los derechos sociales, en las líneas que siguen se examinarán los siguientes aspectos: a) *el valor jurídico de los derechos sociales*; b) *la posición de los poderes públicos y los derechos sociales*; c) *el núcleo indisponible de los derechos sociales y la previsión del mínimo vital* y, finalmente, d) *la cuestión de la irreversibilidad de los derechos sociales*.

El examen de las políticas sociales llevadas a cabo por los poderes públicos, en ningún caso puede hacer abstracción de la posición que ocupan los derechos sociales reconocidos por la Constitución y el Estatuto de Cataluña, entre el legislador, la jurisdicción ordinaria y el juez

constitucional. La eficacia de los derechos integrados en este ámbito y los límites constitucionales a su ejercicio es uno de los temas controvertidos que ha ocupado a la doctrina en España de la teoría general de los derechos¹. Se trata de temas que no sólo forman parte de la reflexión teórica en la doctrina del Derecho Público o de las experiencias que se pueden extraer del Derecho Comparado, sino necesariamente también de la función jurisdiccional de los tribunales.

5.1. El valor jurídico de los derechos sociales

Cuando, en el marco de los derechos constitucionales, se invoca la categoría de los derechos sociales, se entiende por tales los que reciben esta denominación por la especial función de prestación atribuida al Estado a fin de procurar su aseguramiento efectivo. Pero esta aproximación al concepto exige una inmediata matización. Porque el término derecho social es más descriptivo de un contenido que una manifestación conceptual de una realidad jurídica. De hecho, el carácter social es predicable con carácter general de todos los derechos, incluso de aquellos que forman parte de los derechos de libertad de la persona, en la medida en que todos ellos, en mayor o menor grado, requieren de la intermediación activa de los poderes públicos a través de disposiciones específicas e instituciones de garantía para procurar su aseguramiento efectivo (BAÑO LEÓN, 1988: 155-179).

695

Desde la perspectiva jurídica, la configuración constitucional de los principios rectores de la política social y económica previstos en el Capítulo III del Título I de la Constitución española (CE) obliga a abordar la naturaleza jurídica del valores y principios. Porque no se

¹ A modo de referencia general, véanse, entre otros, los trabajos ya clásicos de: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC. Madrid 1993; R. DWORKIN, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona 1995; FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Trotta, Madrid 1996; LAPORTA, F. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”. En: *Constitución y derechos fundamentales* (Coord. J. BETAGÓN; F.J. LAPORTA; J.R. de PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS). CEPC. Madrid 2004, pp. 297-325); J.L. CASCAJO CASTRO, “Els drets socials, avui”. RCDP, núm. 38, Barcelona 2009, pp. 21-42; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER y I. de OTTO PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución. Civitas*, Madrid 1988.

puede hacer abstracción del hecho de que todos ellos tienen carácter normativo y son siempre susceptibles de ser alegados por las partes en un proceso judicial ante cualquier jurisdicción. Pero esta normatividad no es sinónimo de eficacia directa, si llegan a ser invocados de forma autónoma (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006; NIETO, A: 1984). Al contrario, sólo adquieren eficacia directa cuando su alegación ante el juez es formulada como complemento de una norma sustantiva (STC 18/1984, de 7 de febrero y 32/1985, de 6 de marzo). Excepto, claro está, en los casos previstos en el artículo 14 CE donde el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado es exigible de forma directa, la apelación genérica, y sin más, a los valores y principios constitucionales en una demanda judicial, generaría tal grado de abstracción en el enjuiciamiento que el resultado no podría ser otro que la apertura a un indeseable activismo judicial. Sin duda, los principios del Capítulo III del Título I CE tienen la condición de norma jurídica que es predicable de la Constitución de 1978 en su conjunto, en tanto que ejemplo de norma suprema que forma parte del modelo de Constitución racional-normativa asentado tras la II Guerra Mundial. Ahora bien, esta calidad obliga a introducir inmediatamente un importante matiz: la normatividad no es predicable de todo su contenido con el mismo grado de intensidad. Los valores y principios cobran un especial sentido al constitucionalismo actual, en la medida que pueden servir para informar e interpretar las normas jurídicas dotadas de contenido más sustantivo, de tal manera que permitan así juzgar la obra del legislador estatal o autonómico en los términos de una constitución normativa pero dotada, al mismo tiempo, de una fuerte carga axiológica.

En el tema que nos ocupa, y salvo en los casos donde el precepto constitucional que reconoce un principio rector incorpora también la existencia expresa de un derecho y, por lo tanto, el apremio constitucional para el legislador y el juez es mayor (por ejemplo, el derecho a la protección de la salud –art. 43.1–; el derecho de acceso a la cultura –art. 44.1–; el derecho al medio ambiente –art. 45.1–; el derecho a la vivienda digna –art. 47.1–), los principios de la política social y económica reconocidos en la Constitución son, por supuesto, normas. Pero hasta que la intermediación del legislador no se produzca, estos principios aparecen

solo como una expectativa de derechos exigibles, sin que por el contrario y *prima facie* ostenten la condición de derechos subjetivos.

En todo caso, con independencia de que el principio rector incorpore un derecho o su formulación sea más genérica, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 53.3 CE, en virtud del valor constitucional del pluralismo político (art. 1.1 CE), deberán ser la ley y las normas que la desarrollen, las que concreten la opción política elegida por la mayoría parlamentaria. Por tanto, la ley es el instrumento que, ciertamente, con un poder de disposición materialmente limitado, debe permitir cristalizar en derechos subjetivos exigibles ante los tribunales el contenido de los principios rectores de la política social y económica.

Mientras tanto, su normatividad se limita a establecer mandatos generales de actuación al legislador, configurar garantías institucionales para asegurar la futura actividad de prestación, o prefigurar normas programáticas a las que los poderes públicos deben atenerse, etc. En consecuencia, el carácter mediato de su eficacia jurídica se manifiesta en que en ningún caso su reconocimiento no puede ser obviado por los poderes públicos. Ya sea cuando el Parlamento tramite una ley que presente conexión con un principio rector o, igualmente, cuando los órganos judiciales resuelvan una cuestión materialmente similar (CASCAJO CASTRO, 2009: 41-42).

697

5.2. Los poderes públicos y los derechos sociales.

El constituyente reconoció derechos del ámbito social y también unos principios rectores de la política social y económica (Capítulo III, del Título I). Respecto de estos últimos, estableció que solo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). Lógicamente, no fue más allá y tampoco lo tenía que hacer. Hubiera sido indeseable que el constituyente fijara de una vez y por todas de manera rígida, el contenido garantizado de todos los derechos del ámbito social. De haberlo hecho así, la Constitución estaría impidiendo la capacidad del legislador de tomar opciones diferentes para configurar este contenido y articular su tutela. Por otra parte, tratándose de derechos que dependen más que otros de

la capacidad de prestación de los poderes públicos, de poco hubiera servido –salvo hacer de la Constitución y del Estatuto un texto puramente semántico– un reconocimiento constitucional o estatutario íntegro, pero haciendo abstracción de las variables de orden financiero sobre las que el legislador siempre debe disponer de capacidad decisoria.

Por tanto, en principio, es éste el que configura su contenido (SASTRE ARIZA, 2001:268), pero su disponibilidad no es absoluta, porque el precepto constitucional relativo a sus garantías establece que su reconocimiento, respeto y protección *«informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»*. Ahora bien, a pesar del carácter genérico de este mandato a los poderes públicos, ¿significa que los principios son depositarios de un núcleo intangible que el legislador y los demás poderes públicos deben respetar?; o, ¿hasta qué punto la jurisdicción constitucional puede anular la obra legislativa del Parlamento que ha regulado un principio rector en un determinado sentido? Porque no hay duda de que la tensión entre legislador democrático y justicia constitucional está siempre presente y constituye uno de los problemas centrales de la aplicación de la Constitución.

698

Pues bien, estos interrogantes sobre el papel del legislativo y la jurisdicción constitucional frente a la Ley y su aplicación se proyectan también sobre los derechos del ámbito social, aunque una parte de estos tengan un estatus constitucional diferente y no todos respondan a un perfil unitario. A la constitucionalización de los derechos fundamentales de carácter laboral, como la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, así como de los derechos sociales más clásicos, que tienen la condición de derechos fundamentales (educación), o a la prestación de determinados servicios sociales, se añadió el reconocimiento de otros derechos sociales de nuevo tipo, tanto en la Constitución como especialmente en buena parte de los Estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas que fueron reformados a partir de 2005

Éste es el caso, entre otros, del derecho a la salud, a la asistencia y las prestaciones sociales, a la vivienda digna, al medio ambiente, los derechos de los consumidores y usuarios, los derechos referidos a la planificación urbanística racional y la ordenación de territorio, los derechos de las minorías

sociales y étnicas o el derecho a la buena administración, etc.). Sobre el derecho a la vivienda se volverá en el último apartado de este artículo.

Dado el perfil heterogéneo que presenta el reconocimiento constitucional de los derechos del ámbito social antes expuesto, las interrogantes expuestas y según cuál sea el derecho del que se trate, tienen un alcance diferente para la capacidad de decisión de los poderes públicos. Así, por ejemplo, cuando la Constitución establece que «*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo ...*» (art. 41 CE), está prescribiendo que el legislador no podrá establecer un régimen privado de prestaciones de la seguridad social. Ciertamente, lo que sí podrá hacer es modificar las formas de las prestaciones, pero siempre le será impedido suprimir el sistema público sanitario con cargo a los presupuestos del Estado.

Por el contrario, el legislador dispone un mayor margen de maniobra cuando la Constitución, tras reconocer “*el derecho a la protección de la salud*», añade que «*es competencia de los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*» (art. 43.1 CE). La concreción de cómo deba hacerse efectiva esta participación corresponde determinarla al legislador y aquí, ciertamente, las opciones pueden ser diversas, pero en ninguna de ellas las razones de orden presupuestario pueden legitimar su impedimento.

699

En todo caso, el reto para la justicia constitucional es importante y no siempre fácil, cuando no arriesgado. El doble respecto a los derechos que están en juego y a la titularidad de la competencia territorial para asegurar su prestación, es la función que como intérprete supremo de la Constitución el Tribunal debe afrontar, como se verá en el tercer apartado de este trabajo. Porque, deberá tantear, con el preceptivo *self-restraint*, sus posibilidades jurisdiccionales, evitando la tentación siempre latente, cuando la norma suprema presenta un contenido menos prescriptivo, de suplantar al legislador. Porque mientras que el Parlamento es el depositario de la legitimidad política directa, el Tribunal Constitucional solamente la tiene de forma mediata.

5.3. El núcleo indisponible de los derechos sociales y la provisión del mínimo vital

Sobre los derechos sociales reconocidos por la Constitución y aquellos que se derivan de los principios rectores de la política social y económica, es habitual introducir dos límites que se consideran insuperables: la voluntad de lo legislado y las disponibilidades financieras reflejadas en los presupuestos del Estado. Como se ha subrayado anteriormente, ni la remisión a la ley comporta la plena disponibilidad del Legislativo para decidir sobre su contenido, ni tampoco las situaciones de crisis económica y las circunstancias relacionadas a las disponibilidades económicas pueden legitimar su supresión por falta de financiación. A fin de concretar este planteamiento, la doctrina y la jurisprudencia comparada han sostenido la existencia de una especie de núcleo resistente del contenido de los derechos sociales que debería resultar invulnerable a los efectos de los límites descritos.

700

El postulado moral que justifica habitualmente la garantía de los derechos sociales es el principio de igualdad, y la fundamentación jurídica del núcleo indisponible de los derechos sociales ha sido fijado por la jurisprudencia constitucional en el valor de la dignidad, como complemento interpretativo de todos los derechos constitucionales.

Por su parte, la Constitución de 1978 no ha previsto expresamente prescripciones normativas sobre la existencia de un núcleo resistente —a modo de una especie de contenido esencial— de los derechos sociales. Pero, sí lo han hecho varios Estatutos de autonomía de nueva generación, bajo diversas modalidades, reconociendo en favor de los ciudadanos el derecho a una renta mínima garantizada de ciudadanía, a una renta mínima de inserción o a una renta básica, como fue el caso de Castilla-León, la Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Andalucía o Aragón. O de Cataluña, cuyo Estatuto también reconoce que «*[L] as personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establezcan*»(art. 24.3 EAC)

Es decir, con estas previsiones estatutarias se trata de determinar si los derechos constitucionales del ámbito social (los de la Sección 2ª del Cabo. II y el Cap. III CE y los derechos y principios rectores del Título I EAC) presentan un núcleo resistente a las intervenciones normativas de los poderes públicos, en especial del Parlamento, razón por la que, a pesar de disponer de discrecionalidad política para configurar su contenido y alcance, esta discrecionalidad del legislador se vea limitada por la Constitución y el Estatuto (PONCE SOLÉ, 2015: 316).

A partir de una primera interpretación del Tribunal Constitucional, y a propósito del sistema de Seguridad Social, en su STC 37/1994, de 10 de febrero, afirmó que el artículo 41 CE «*consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador*». Pues bien, aunque es evidente que este precepto constitucional referido al carácter público de la Seguridad Social presenta un perfil más prescriptivo que otros, determinados sectores de la doctrina han sostenido que todos los derechos del ámbito socio-económico presentan un núcleo indisponible resistente a la actividad legislativa que debe ser preservado, y que, en esta en función tuitiva, la justicia constitucional debe desempeñar un papel importante para asegurar la justiciabilidad y eficacia de los derechos sociales (CARRO FERNÁNDEZ VALLMAYOR, 2008: 377; CARMONA CUENCA, 2008: 1115).

701

En un sentido similar, la jurisdicción constitucional ha interpretado de forma bastante relevante que respecto del mismo artículo 41 «[...] la protección de *los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como “una función del Estado” y que el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador*»². De acuerdo con la misma lógica, esta función del Estado concebida para hacer frente a situaciones

2 STC 128/2009, de 1 de junio.

de necesidad debe abarcar también la realización de prestaciones no contributivas³.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha interpretado la existencia de una relación de conexión entre el valor de la dignidad de la persona con el derecho a la vivienda, argumentando que la regulación actual de los patrimonios públicos de suelo responde a las prescripciones del artículo 47 CE y está dirigida a: «*dar respuesta al grave problema actual de la vivienda, que constituye el espacio Necesario para poder desarrollar Derechos fundamentales como el de la intimidad personal y familiar y el de la dignidad de la persona*»⁴.

Desde otra perspectiva, la idea del núcleo duro de los derechos sociales como límite que el legislador no puede sobrepasar, también responde al reto teórico de hacer frente al planteamiento bastante habitual según el cual, la situación económica en una coyuntura determinada y la falta de disponibilidades financieras, constituye un motivo que debe permitir a los poderes públicos dejar de actuar para asegurar determinadas prestaciones. Así, una de las reflexiones escépticas sobre la relación entre los derechos sociales y una situación económica deficiente se fundamenta en que los derechos sociales solamente serían derechos cuando fuera posible su satisfacción. Razón por la cual, a pesar de que un derecho sea reconocido constitucionalmente, sin embargo, debería permanecer desactivado debido a la imposibilidad financiera de darle satisfacción o cobertura.

Esta circunstancia ha motivado que la reflexión sobre la garantía existencial de un mínimo existencial fundamentado en la dignidad humana, para la protección de los derechos sociales haya arraigado en Europa en la jurisprudencia constitucional comparada. Este es el caso, por ejemplo, del pronunciamiento de la Corte Constitucional de Italia sobre la

3 STC 239/2002, d'11 de diciembre.

4 STS de 27 de junio de 2006. Tomo esta referencia de PONCE SOLÉ, op. cit. p. 320. También la STS de 7 de mayo de 1992 (Sala Social), sobre el no embargo de la cuantía señalada como salario mínimo interprofesional en un supuesto de embargo de las prestaciones per deudas con la Seguridad Social y la STS de 4 de diciembre de 1992 (Sala C-A) en materia de ayudas a la tercera edad.

constitucionalidad de la Ley estatal de creación llamada Carta Social (SCC 10/2010, de 11 de enero); o la resolución del Tribunal Federal de la Confederación Helvética, sobre el derecho fundamental a la garantía existencial (Sentencia de 27 de octubre de 1995); o del Consejo Constitucional francés, sobre el derecho a la vivienda (Decisiones de 19 de enero de 1995 y de 29 de julio de 1998), sin olvidar la muy importante sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el derecho fundamental a un mínimo existencial (Sentencia de 9 de febrero de 2010)⁵. Es, pues, en la lógica jurídica de estas decisiones jurisdiccionales que enmarca la previsión sobre el derecho a una renta garantizada de ciudadanía prevista en el artículo 24.3 del EAC, dentro del Capítulo de los derechos del ámbito social.

5.4. La cuestión de la irreversibilidad de los derechos sociales

Vinculado al tema de la existencia de un núcleo resistente de los derechos sociales que debe ser indisponible para el legislador, se plantea, una vez la ley ha concretado su alcance, la cuestión de su irreversibilidad. En otras palabras, ¿las llamadas “conquistas sociales” adquiridas en el pasado son inmunes a la coyuntura económica?

703

Una buena parte de la legislación referenciada *supra* ha sido consecuencia de la aplicación de la reforma del artículo 135 CE, cuya relevancia sobre el alcance material de las previsiones del Estado social resultan innegables. La pregunta recurrente es hasta qué punto estas “conquistas” vinculan al legislador actual, ya sea estatal o autonómico. Evidentemente, el grado de disponibilidad que se deriva de los derechos sociales de carácter fundamental en ningún caso podrá afectar a su contenido esencial (art. 53.1 CE). Por el contrario, si como es más frecuente, se trata de otros derechos y principios no fundamentales, el criterio predominante avala una mayor capacidad de decisión del legislador ordinario para determinar su contenido. Especialmente sobre aquellos que por su naturaleza son más tributarios de la política social y económica del legislador de turno y, por tanto, más dependientes del apoyo presupuestario que los acompañe

5 Tomo estas referencias jurisprudenciales de: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 2012: 3832-3843.

para hacerlos materialmente efectivos. Es evidente que este caso su vulnerabilidad ante las diferentes opciones del legislador democrático puede ser más intensa.

La experiencia más reciente que ofrece la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales de dos Estados miembros de la UE especialmente impactados por la crisis económica y financiera, como, por ejemplo, son Portugal y España pone de manifiesto percepciones diferentes sobre los límites del legislador en materia de derechos sociales (AYMERICH CANO, 2015: 437-47). En el caso de Portugal, es un Estado sometido a la intervención general de su economía por decisión de la llamada troika, el “rescate” decidido en 2011 estableció el Plan de Asistencia Económico-Financiera (PAEF). En España, la intervención y se limitó al sistema bancario. Pero en ambos casos, las consecuencias de la legislación aprobada por los respectivos parlamentos han reducido el sistema de protección social del Estado. Sin embargo, la jurisdicción lusa ha mostrado un menor nivel de deferencia de las medidas tomadas por el legislador de la crisis, hasta el punto de declarar la inconstitucionalidad de algunas leyes⁶, frente a la exhibida por el Tribunal Constitucional español sobre este tema⁷.

6. Un concreto: el derecho a la vivienda y las medidas para garantizarlo

El grave endeudamiento privado de familias y empresas que ha generado la situación de crisis económica en España, ha incidido especialmente sobre la disponibilidad de la vivienda adquirida a través de préstamos

6 Por ejemplo, la sentencia 474/2013, de 29 de agosto, relativa a la legislación sobre recalificación y despido objetivo de los empleados públicos, o también la sentencia 863/2013, de 19 de diciembre, sobre los recortes que han afectado a las pensiones de los funcionarios públicos.

7 Es el caso, entre otros, de la STC 119/2014, de 16 de julio y de la STC 8/2015, de 22 de enero, ambas relativas a la reforma laboral; o la STC 93/2015, de 14 de mayo, que declaró la inconstitucionalidad de algunas medidas tomadas en materia de vivienda contenidas en el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía contenidas en el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la propiedad). Una resolución, ésta última, fundamentada más en criterios de orden económico que no jurídico-competencial que era el objeto de la litis planteada por el Gobierno andaluz (STC 93/2015, de 14 de mayo), de la función social de la propiedad).

hipotecarios contratados con diversas entidades financieras. La imposibilidad de muchos ciudadanos de hacer frente a las obligaciones de los préstamos, como consecuencia de los efectos demoledores de la crisis en el empleo laboral, condujo a la ejecución de la hipoteca y a los desahucios de numerosos apartamentos por falta de pago. La pérdida de la vivienda se ha convertido en un problema social de grandes dimensiones, acentuado este año como consecuencia de la pandemia ocasionada por la COVID-19.

Ante una situación de desestructuración social que cada vez suscita una mayor alarma, algunos poderes públicos empezaron adoptar medidas dirigidas a reducir los efectos demoledores sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido por la Constitución (art. 47). Entre estas medidas que se han tomado, la que suscita mayor controversia en el ámbito jurídico es la consistente al prescribir el alquiler forzoso a instancias de la Administración pública de viviendas vacías. Éste fue de la Junta de Andalucía, el Gobierno regional de esta región del sur de España, a través del *Decreto ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda*. También hace falta hacer referencia a otra disposición anterior que en su momento suscitó una notable controversia social y jurídica, pero cuando todavía los efectos de la crisis no eran tan contundentes sobre la vida cotidiana de las personas: se trata de la *Ley del Parlamento de Cataluña, 8/2007, de 28 de diciembre, del derecho en la vivienda*, que en su redacción previa, hasta la aprobación por el Pleno de la Cámara, había previsto medidas similares a las que ahora, por la vía de urgencia, ha tomado el gobierno andaluz. La cuestión de relevancia constitucional que el caso plantea es determinar si esta medida administrativa podría resultar lesiva del derecho de propiedad (art. 33 CE).

En su exposición de motivos, el Decreto ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía introduce una definición de la función social del derecho a la vivienda que, de hecho, es la misma que la jurisprudencia constitucional ha utilizado pero para definir el derecho de propiedad: «*La función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos en su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiendo que la fijación de dicho contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva*

del derecho o de los intereses individuales. La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo en su definición o en su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo». Acto seguido, añade que la: «Utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad» (sic). Después de exponer la situación de la vivienda a Andalucía, el decreto ley concluye que existe «[...] un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado y de otro, una demanda insatisfecha, como una oferta insuficiente y en precios no adecuados, por lo que se hace necesario potenciar su uso [...]».

Con esta finalidad, el contenido del Decreto ley establece todo un compendio de iniciativas de actuación sobre la vivienda deshabitada que consisten en medidas de fomento. Asimismo, y en un orden diferente, en este caso a través medidas coercitivas y sancionadoras, se propone potenciar el acceso a la vivienda mediante el arrendamiento, unas medidas éstas que van dirigidas, fundamentalmente, a aquellas personas que no pueden mantener su vivienda por causa de una situación de un mayor endeudamiento sobrevenido. En este sentido, hay que prestar atención especialmente a la Disposición Adicional segunda, relativa a la *«Declaración de interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en circunstancias especiales de emergencia social»*.

Los elementos subjetivo y objetivo de esta disposición son los siguientes:

«1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias sociales incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, en efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

2. Este Decreto-ley será de aplicación en las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal».

De forma similar a la cuestión jurídica que planteó el Proyecto de Ley del derecho en la vivienda de Cataluña, en este caso también aparece la posible incidencia de la medida coercitiva de la expropiación forzosa temporal, sobre el derecho de propiedad de los titulares de las viviendas vacías y sobre la cual hay que prestar atención.

A este respecto, la CE establece en su art. 33 CE que: “2. *La función social de estos derechos delimitará el contenido, de acuerdo con las leyes*”. Añadiendo que: “3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes ni de sus derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con aquello que las leyes dispongan*”.

En síntesis, la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad y su función social es la siguiente:

- a) La concepción de la CE sobre el derecho a la propiedad privada pone de manifiesto que la Constitución no ha optado por una concepción abstracta de este derecho. Éste no puede ser concebido solamente como un ámbito subjetivo de libre disposición sobre los bienes que son objeto de dominio reservado por su titular, sometido únicamente a las limitaciones generales que las leyes impongan para la salvaguardia de los legítimos derechos e intereses de terceros o del interés general; el derecho de propiedad también tiene que ser reconocido como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en función de valores o intereses de la colectividad y, por lo tanto, de acuerdo con finalidad o utilidad social que tiene que llevar a cabo cada categoría de bienes objeto de dominio.
- b) La CE no limita derecho de propiedad a la concepción meramente civilista, reducida a los márgenes del artículo 348 del Código Civil que lo define como “*el derecho de disfrutar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes*”. Lo que se deriva de la norma suprema es una concepción de los derechos que no son solamente susceptibles de ser limitados, sino que los mismos límites se incorporan como elementos esenciales de su contenido objetivo. Por lo tanto, la función social no

ha sido entendida por el constituyente como un simple límite externo para la delimitación del derecho de propiedad, sino que es también una parte integrante de éste: la utilidad individual y la función social definen de manera conjunta el contenido esencial del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes.

- c) No hay infracción del contenido esencial cuando una regulación legal del derecho de propiedad restringe las facultades de decisión del propietario con relación al uso, el destino o el aprovechamiento de los bienes en juego, o cuando impone determinados deberes orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de estos bienes, siempre que pueda permanecer garantizada su rentabilidad.
- d) El Tribunal Constitucional ha utilizado a menudo el criterio hermenéutico del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), sobre todo con relación a los derechos fundamentales de libertad y participación de la Sección 1ª del Cap. II del Título I de la CE. No obstante, este criterio hermenéutico ha evolucionado incorporando un mayor grado de objetivación en la evaluación de la proporcionalidad de las medidas que toman los poderes públicos limitando el ejercicio de los derechos. En esta línea interpretativa, la evolución del criterio de proporcionalidad ha afectado sobre todo a la formalización de su dimensión material, precisando los requisitos que se precisan a fin de que el contenido de una actuación de un poder público pueda ser considerada como proporcionada. La concreción material del juicio de proporcionalidad ha sido definida a través de la necesidad de verificar la finalidad de una medida, mediante la integración de elementos fácticos y temporales, o la simple prohibición de medidas de los poderes públicos que los incumplan.

La Disposición Adicional segunda del Decreto ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía no priva de la propiedad de las viviendas a las personas que ostentan la titularidad. La medida normativa tomada es una limitación temporal del derecho de uso de la propiedad, que se aplica en los casos singulares que protagonizan personas que se encuentran en

circunstancias de emergencia social, como consecuencia de un proceso de desahucio y después de justificar toda una serie detalladísima de requisitos que la persona potencialmente beneficiaria tiene que cumplir (apartados 3 a 15). La proporcionalidad de la medida parece contrastada dado que en un caso de desahucio, no se avista una medida alternativa que pueda garantizar de una otra manera la disponibilidad de una vivienda; su necesidad queda justificada por la ausencia de un espacio físico para vivir y la proporcionalidad *stricto sensu* queda avalada porque, además, aquello que queda limitado temporalmente es la posesión de la propiedad, en el contexto de una realidad regional en el que el parque de viviendas sociales va *in crescendo*.



Bibliografía

1. AYMERICH CANO, C. (2015). “El control constitucional de las políticas de austeridad. Examen de la jurisprudencia portuguesa y española”. En: *Crisis, derechos sociales e igualdad* (ed. A. NOGUEIRA, M. LOIS y I. DIZ). Tirant lo Blanch. Valencia
2. BAÑO LEÓN, J.M^a. (1988). “La distinción entre derechos fundamentales y garantía institucional en la Constitución española”. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 24, Madrid.
3. BERNAL PULIDO, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. CEPC. Madrid.
4. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2008). «Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales». En: *Derechos fundamentales y otros estudios en Homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. I. El Justicia de Aragón., Zaragoza 2008, p. 377;
5. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (2012). «Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental». En: *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Vol. II. Liber Amicorum Tomás R. Fernández* (Coord. E. García de Enterría y R. Alonso García). Civitas Thompson Reuters/Civitas. Cizur Menor, Navarra.
6. CARMONA CUENCA, E. (2008). ¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?. A: *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. CEPC. Madrid 2008, p. 1115.
7. CASCAJO CASTRO, J.L. (2009). “Els drets socials, avui”. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, Barcelona.

8. HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2011.
9. FERRERES COMELLA, V. (2007). *Justicia Constitucional y democracia*. 2ª ed. CEPC, Madrid.
10. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor. Navarra.
11. GASCÓN ABELLÁN, M. (2014). «Particularidades de la interpretación constitucional». En: M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.) *Argumentación jurídica*. Marcial Pons, Madrid.
12. GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta. Madrid.
13. JIMÉNEZ CAMPO, J. (2011). «Interpretación de la Constitución». En: M. ARAGÓN REYES, C. AGUADO RENEDO. *Temas básicos de Derecho Constitucional*. (Vol. I). Civitas. Madrid.
14. JIMÉNEZ CAMPO, J. (2011). «Interpretación conforme a la Constitución». En: M. ARAGÓN REYES, C. AGUADO RENEDO. *Temas básicos de Derecho Constitucional*. (Vol. I). Civitas. Madrid.
15. NIETO, A. «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional». *Revista de Administración Pública* nº 100-102. Madrid 1983.
16. NINO, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel. Barcelona 1984. bibliografía
17. PONCE SOLÉ, J. (2015). “Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social. ¿Derechos vs. Eficiencia y economía?”. En: *Crisis, derechos sociales e igualdad* (ed. A. NOGUEIRA, M.LOIS y I.DIZ). Tirant lo Blanch. Valencia.
18. RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. 3ª ed. 3 Vol. Madrid, 2012.
19. SÁINZ MORENO, F. (2011). «Interpretación jurídica». En: M. ARAGÓN REYES, C. AGUADO RENEDO. *Temas básicos de Derecho Constitucional*. (Vol. I). Civitas. Madrid.
20. SASTRE ARIZA, S. (2001). «Hacia una teoría de los derechos sociales». *Revista de Estudios Políticos* nº 112, abril-juny. Madrid.
21. SMEND, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de estudios Constitucionales. Madrid 1985.
22. TORRES PÉREZ, A. (2009) *Conflict of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford.

Tres explicaciones sobre la interpretación constitucional de los derechos

✉ RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU*

Introducción

Desde la aparición del propio concepto de Constitución normativa nos hemos formulado varias preguntas acerca de la aplicación de los derechos constitucionales; aplicación que pasa por la interpretación –en el más amplio sentido del término– del órgano competente. Preguntas que requieren explicaciones y a las cuales el profesor Romboli ha colaborado intensamente durante su amplia trayectoria académica. La recuperación de la normatividad constitucional, la necesidad de encontrar nuevas vías para la aplicación de la Constitución, y el cambio de paradigma desde el Estado legal al Estado constitucional se conforman como razones de gran peso a la hora de explicar esta no nueva, pero sí transformada voluntad de estudiar la interpretación constitucional¹. En particular, ha sido necesario revisar la relación entre interpretación constitucional y aplicación de la Constitución en esta parte constitucional más transformadora e históricamente relegada: la parte dogmática, que determina y garantiza los derechos constitucionales².

711

Varias cuestiones se han suscitado por parte de autores de diferentes sistemas jurídicos, latitudes y concepciones ideológicas, y de ellas

* Catedrático en la Universitat de València. ruben.martinez@uv.es.

1 Para la elaboración del presente trabajo se ha partido de las reflexiones realizadas por el autor en *Cuatro preguntas sobre la interpretación constitucional de los derechos en el Estado constitucional*, publicado por la Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2016.

2 Algunas de estas preocupaciones se tuvieron en cuenta en MARTÍNEZ DALMAU, 2013.

hemos elegido tres explicaciones que dan cuenta de algunos aspectos sobre la problemática actual en la interpretación de los derechos³: 1) Qué implica la interpretación constitucional de los derechos; 2) Cuál es el papel de la interpretación constitucional para encontrar solución a los conflictos de derechos; y 3) Cuál es la función del juez ordinario y del juez constitucional en la garantía de los derechos.

1. La interpretación constitucional de los derechos

La primera pregunta que cabe realizarse sobre la interpretación constitucional de los derechos, *¿qué implica interpretar los derechos constitucionales?*, nos llevaría en primer lugar a establecer si realmente existe una interpretación *constitucional* de los derechos no solo formalmente, sino sustantivamente distinta a la interpretación *legal*. Parece obvia la respuesta, pero no lo es. En nuestro caso, hemos defendido la especificidad de la interpretación constitucional no solo en relación con los derechos, sino en general de la Constitución partiendo del concepto de Constitución democrática; esto es, aquella cuya voluntad del poder constituyente, creador de la Constitución, es diferente a la del poder constituido, atrapado y limitado *en* la Constitución y *por* la Constitución; convenimos así que no existe norma jerárquica superior a la Constitución democrática, la única originaria del poder constituyente democrático. Por lo tanto el problema no es propiamente el de diferenciar entre interpretación constitucional e interpretación legal, sino entre interpretación de la Constitución democrática y de aquella que no lo es y en la que, por lo tanto, no se es susceptible de distinguir entre voluntad del poder constituyente democrático y voluntad del poder constituido (MARTÍNEZ DALMAU, 2013, pp.439 y ss).

Aunque la diferencia entre interpretación legal e interpretación constitucional ya es de por sí compleja, se puede complicar aún más si abundamos en la pregunta: ¿existen artículos constitucionales de una categoría diferente a otros? Sin duda el problema nos recordará a Bachof

3 En este sentido, v. gr. ROMBOLI, 2017; Häberle, 2008, pp. 47 y ss; PRIETO SANCHÍS, 1991, pp. 177 y ss.

y a la tentadora pero difícilmente justificable teoría sobre la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales⁴. Pero más recientemente una parte de la doctrina se ha esforzado en definir esta diferenciación en relación con el concepto de Estado constitucional observándolo desde el prisma de la distinción sustantiva propia de los derechos que deben estar recogidos y protegidos en un Estado constitucional. Un Estado constitucional, afirma AGUILÓ (2012, p. 254) no sería solo aquel que cuenta con una Constitución entendida como *lex superior*, sino con una Constitución con un contenido sustantivo propio del Estado Constitucional. Y en buena parte este contenido son derechos. “En toda Constitución del Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación, sin democracia o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Sin esos derechos y/o principios habrá *lex superior*, pero no Estado constitucional de derecho”.

4 Recordemos que la arriesgada propuesta de Bachof realizada en la conferencia en la Universidad de Heidelberg en 1951 tuvo como principal objetivo evitar actuaciones extralimitadas del poder legislativo como la aprobación en Alemania de la Ley de plenos poderes, que suprimió de manera definitiva la Constitución de Weimar. BACHOF propuso fortalecer la competencia del Tribunal Constitucional para decidir sobre la posibilidad de normas formalmente constitucionales pero materialmente inconstitucionales; aduce para ello la existencia de cláusulas de intangibilidad en la Ley Fundamental de Bonn. “Un análisis de las correspondientes normas de la Constitución (...) hace suponer que el constituyente ha entendido por examinar la “constitucionalidad” de las normas, ante todo, aunque no de manera exclusiva, constatar si las normas inferiores a la Constitución –que opera como parámetro– resultan compatibles con las normas constitucionales. Ya sea el examen de la compatibilidad de las simples leyes de los Estados federados a sus propias Constituciones, ya sea el examen de la compatibilidad del derecho de los Estados federados (incluido el derecho constitucional de dichos Estados) y de las leyes del Estado federal con la Constitución federal. Sin embargo, también es pensable una “inconstitucionalidad” de las normas constitucionales (ubicadas en un mismo plano), que tampoco puede ser excluida de control jurisdiccional. Eso es lo que se deriva del hecho de que la Constitución (...) declare intangibles algunas de sus normas” (BACHOF, 2010, p. 28). Los problemas de seguridad jurídica y la necesidad de comprender la posibilidad de excepciones a normas generales han decantado la preferencia en los sistemas comparados de control de la constitucionalidad hacia el control de constitucionalidad de los actos de reforma, por lo que la propuesta de BACHOF, enmarcada en un contexto histórico particular después de la experiencia nazi y la Segunda Guerra Mundial, no ha sido generalmente acogida. Al respecto, cfr. MARTÍNEZ DALMAU, 2013, pp. 441 y ss.

El gran problema de las tesis sobre la diferenciación de normas entre lo que podríamos denominar sustantivas (o propias del Estado constitucional; *necesarias*, en términos de AGUILÓ) y adjetivas (*contingentes* o *idiosincrásicas*, en términos de AGUILÓ) cuenta con la misma naturaleza que en el caso del debate entre iusnaturalismo e iuspositivismo: su determinación es finalmente subjetiva, aunque busque en el *Derecho constitucional común* su objetivación. Pero la decisión sobre qué normas son sustantivas y cuáles adjetivas solo puede fundamentarse en criterios subjetivos determinados; el hecho, como afirma AGUILÓ (2012, p.255), de que sean expresión de un consenso ideal más que de una autoridad (“nadie acude a la noción de poder constituyente para explicar por qué esos principios forman parte de la Constitución”), no elude el hecho de que en el campo de la facticidad sí son fruto de un poder constituyente; y que la determinación sobre qué derechos son propios del Estado constitucional y cuáles no entendidos desde la posición del consenso ideal o del Derecho común es una construcción posterior a la manifestación de esas voluntades y necesariamente subjetiva. De hecho, es justamente la *voluntad del poder constituyente* que determina los derechos la que los dota de objetividad al crearlos y garantizarlos. El propio AGUILÓ (2012, p. 254) parece apuntar el problema cuando afirma que “es discutible cuál es el contenido *esencial* del Estado constitucional (aquel sin el cual no podría hablarse de Estado constitucional)”, y el hecho de que *sea discutible* hace más débil el argumento.

Siguiendo con la pregunta formulada, ¿qué implica interpretar los derechos constitucionales?, cabe hacer mención a la naturaleza de la función de *interpretación*. Aunque con aristas diferentes, una de las particulares problemáticas de la interpretación de la Constitución en general, y de los derechos en particular, es el auge obtenido durante las últimas décadas entre determinada doctrina la *interpretación evolutiva, dinámica* o habitualmente conocida como interpretación del “árbol vivo”, con raíces claramente, pero no exclusivamente, dworkinianas. Podríamos definir con GUASTINI la doctrina evolutiva como aquella como inspirada en la necesidad de adaptación continua del Derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etc.). Por ello esta doctrina sugiere a los intérpretes no practicar una interpretación fija sino, por el contrario, cambiar

el significado del texto a la luz de las circunstancias y, bien entendido, a la luz de sus sentimientos de justicia⁵.

Las doctrinas de la interpretación evolutiva cuentan con un denominador común basado en tres premisas: 1) que en la Constitución cabe más de una interpretación posible, a causa de la conocida como *textura abierta* de los postulados constitucionales; 2) que la rigidez constitucional paraliza la evolución del ordenamiento constitucional; 3) que corresponde al juez romper con esta esclerosis del texto constitucional a través del descubrimiento de nuevos significados en el marco de la *textura abierta* de la Constitución, y este *activismo judicial* se traduciría siempre en una interpretación evolutiva que acercaría la relación entre norma constitucional y realidad social. Un defensor de la interpretación evolutiva como CANOSA (2008, pp. 59-60) no lo podría resumir mejor: “Tanto más necesario será utilizar el elemento evolutivo cuanto más parezca *a priori* que el enunciado normativo se aleja de la realidad (...). La interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito”. De hecho, las teorías del árbol vivo plantean una diferenciación sustancial entre el juez como mera boca de la ley, que sería propio del Estado legal, y el juez intérprete evolutivo que se requeriría en la actualidad: “Esta posibilidad –continúa CANOSA– de elegir entre mantener el sentido *tradicional* o desvelar otro hasta entonces oculto, presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo (...). Al interpretar en clave evolutiva, el juez no puede expresar esta *voluntas legislatoris* que no pudo prever cómo la realidad futura evolucionaría, sino que, constreñido por esos cambios, ha de hallar, en el enunciado normativo, un sentido, una norma concreta, que permita a la disposición seguir siendo eficaz” (p. 60).

5 GUASTINI (2008, p. 61) cita directamente fuentes de DWORKIN. Se contrapondría de esta manera a la que GUASTINI denomina *doctrina estática*, inspirada en los valores de estabilidad de la disciplina jurídica, de la certeza del Derecho, y de la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Por eso esta doctrina recomienda a los intérpretes practicar una interpretación estable, fija, diacrónicamente constante, sin *revirements* (p. 60).

Es sus posturas más moderadas, las doctrinas de la interpretación evolutiva reconocen las limitaciones del árbol vivo: el propio tenor textual de la ley. Es decir, plantean la posibilidad de interpretación desde la *textualidad* de la norma, sin que cupiese interpretación *contra legem* que convertiría al intérprete en un sustituto al constituyente. En términos también de CANOSA (2008, 59) “la interpretación evolutiva es sólo posible cuando el enunciado normativo permite derivar de él varios sentidos posibles de los que el intérprete escoge el que mejor asegure su eficacia (...). Es verdad que la literalidad del precepto y su finalidad le constriñen y no puede extraer de las palabras de la disposición un significado incompatible con ellas ni tampoco puede pervertir la finalidad de la disposición ni sacarla de su contexto normativo”.

En efecto, la textura abierta –como bien demuestra GUASTINI (2008, p. 30)– es reducible, aunque inevitable. Pero referirnos a la interpretación evolutiva nos lleva necesariamente a un segundo problema: ¿qué entendemos por evolución? ¿La interpretación necesariamente subjetiva –con independencia de que el juez busque argumentos objetivos como sondeos o encuestas de opinión⁶– sobre lo que es *evolutivo* y lo que no lo es? Cabe ser honestos con el objetivo del juez en la interpretación

6 Como es el caso, por ejemplo, de la fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional español 198/2012, de 6 de noviembre, que declara la constitucionalidad de la reforma del artículo 44 Código Civil que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo interpretando el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 32 de la Constitución española de 1978. El Fundamento Jurídico 9 afirma que “este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005. Respecto a la opinión que merece a los españoles la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Centro de Investigaciones Sociológicas, con motivo de la elaboración del anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, incluyó la cuestión en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (estudio núm. 2.568) se refleja que el 66,2 por 100 de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el estudio relativo a «opiniones y actitudes sobre la familia» (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9 por 100 de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo”. Tras lo cual el Tribunal hace constar toda una serie de datos estadísticos comparados con el objetivo de sustentar complementariamente la decisión.

evolutiva: no es solo fortalecer la relación entre normatividad y realidad, y huir de esta manera del nominalismo constitucional, sino que también es transformar la realidad social a través del cambio en el significado de las disposiciones constitucionales. Y es en este ámbito donde el intérprete evolutivo se mueve en aguas cenagosas, puesto que un exceso en la función interpretativa podría acabar en la sustitución de la voluntad constituyente por la voluntad del juez como intérprete evolutivo; pondría con ello en peligro la legitimidad democrática de la Constitución y, por lo tanto, del resto del ordenamiento jurídico, cuya legitimidad proviene de ésta. Es por esa razón por la que la interpretación evolutiva no solo está limitada por el tenor literal del texto y por las condiciones de normatividad de la disposición, sino que debe tener en cuenta asimismo la voluntad del poder constituyente democrático. Es éste quien determinó la existencia de las normas constitucionales objeto de interpretación a través de un debate público, democrático, capaz de producir voluntad general; y es, en definitiva, quien legitimó la Constitución⁷.

717

Si realmente la adaptación social y la normatividad de la disposición fuera tan relevante como para considerar un significado contrario a la voluntad del constituyente, una Constitución democrática no debería tener obstáculos para ser modificada democráticamente a través de una nueva generación de voluntad general: debate público y decisión colectiva sobre la disposición correspondiente. El carácter emancipador de la Constitución democrática requiere de esta potencial revisión, que rompería la *rigidez* justificadora formalmente de la decisión judicial evolutiva, la cual podría o no coincidir con la decisión democrática; esta decisión sería la evolutiva. Hurtar la decisión al debate público y hacerla recaer sobre los hombros del juez haría un flaco favor a la evolución democrática de la sociedad a través de la dialéctica constituyente que soluciona de manera emancipadora la tensión entre democracia y constitucionalismo⁸.

7 Al respecto, cfr MARTÍNEZ DALMAU, 2013, pp. 442 y ss.

8 Respecto a la dialéctica constituyente cfr. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática”, en MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*. Tirant, Valencia, 2014, págs. 101 y ss.

2. Conflictos de derechos, ponderación y proporcionalidad

La segunda de las explicaciones responde a la pregunta ¿cómo puede servirnos la interpretación constitucional para encontrar solución a los conflictos de derechos? El conflicto de derechos en el marco de la Constitución ha sido una de las preocupaciones principales del Derecho constitucional a partir de la recuperación de la normatividad constitucional. Prácticamente todos los teóricos clásicos sobre los derechos constitucionales han tratado prominentemente esta cuestión, relacionada directamente con los límites de los derechos, y que parte de la premisa de que la efectividad de los derechos supone comprender que ninguno de ellos es absoluto si ello pone en juego la efectividad de otros derechos, lo que implica aceptar la existencia de *límites* y de *conflictos*⁹.

A partir de las doctrinas alemanas sobre el *contenido esencial*, fundadas en el conocido artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn¹⁰, se construyó durante la segunda mitad del siglo XX un paradigma de solución de los conflictos entre derechos basado en la protección por parte del legislador y del juez de los rasgos identitarios que configuran el derecho así como sus límites inmanentes, y sin cuya garantía no podríamos referirnos a un *reconocimiento* del derecho¹¹. Pero la doctrina del *contenido esencial* es una garantía formulada solo expresamente con relación a la ley, “es decir –afirma PAREJO (1981, p. 182)– como operativo únicamente en el momento de normación o regulación del ejercicio de los derechos fundamentales”.

9 En general, cfr. PECES-BARBA, 1988, pp. 97 y ss.

10 “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”. El campo de influencia en el constitucionalismo comparado de esta garantía ha sido amplísimo; como ejemplo, valga citar el también conocido artículo 53.1 de la Constitución española: “Los derechos y libertades reconocidos (...) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)”.

11 Particularmente importante e influyente en ese asunto fue la tesis doctoral de PETER HÄBERLE publicada en 1962, y que avanzó ampliamente hacia conceptos como el de Estado constitucional, Constitución abierta, dimensión institucional e individual de los derechos, el fundamento de los derechos en la salvaguarda de la *dignidad* y, por supuesto, el significado del contenido esencial. Cfr. HÄBERLE, 2003.

Durante las últimas décadas, y a raíz de los estudios sobre la concepción de los derechos como principios, han contado con un desarrollo extraordinario la teorías de la ponderación (*balancing*), derivadas también en buena medida del pensamiento constitucional alemán y la doctrina del contenido esencial¹². El reconocimiento del conflicto de derechos y la necesidad de mejorar el proceso de argumentación ha conllevado que teóricos de todo el mundo, así como importantes tribunales con funciones de máxima interpretación de la Constitución, presten un interés inusitado a la ponderación como medio de efectividad de los derechos, generalmente estructurados constitucionalmente como principios. Los principios conseguirían su máxima efectividad a través de la ponderación, frente a las reglas que requerirían la aplicación del silogismo de la subsunción. En términos de BERNAL (2006, p. 51-52), “en el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales”.

719

La relación entre interpretación y ponderación es directa y se presupone, aunque estrictamente la *ponderación* esté al servicio de la categoría más general de *interpretación*. Como afirma CARPIO (2003, p. 506) al analizar “las relaciones entre interpretación y *balancing*, inmediatamente se observa que el uno presupone al otro, y viceversa. La interpretación, en efecto, recae sobre una disposición constitucional. La ponderación (actividad), en cambio, sobre intereses o bienes que esas disposiciones contienen. En un caso de colisión entre derechos fundamentales, habitualmente se parte por identificar los bienes o intereses en conflicto (*balancing* actividad), se realiza la interpretación de las disposiciones que los

12 El propio HÄBERLE (2003) había analizado el problema de la ponderación de bienes frente a la relativización de los derechos.

reconocen (interpretación), se advierte las circunstancias del caso y, luego, se procede a realizar el balanceamiento de los intereses a fin de brindar una solución al caso (*balancing* producto).

Como afirma ALEXANDER (2011, pp. 11-29), dos son las posiciones básicas enfrentadas sobre la conexión entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad: quienes afirman la existencia de algún tipo de conexión (*tesis de necesidad*) y quienes niegan esta necesidad (*tesis de contingencia*). La tesis de necesidad se basa en la conocida distinción entre reglas y principios fundamentada, como hemos avanzado, en que las reglas son mandatos definitivos que se aplican a través de la subsunción, mientras que los principios serían mandatos de optimización aplicados a través de la ponderación. La ponderación requeriría obligatoriamente de una relación entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad, por cuanto sería la proporcionalidad la que daría sentido a la optimización del principio.

720

De acuerdo con este autor el principio de proporcionalidad estaría conformado por tres subprincipios: el de idoneidad y el de necesidad en referencia a las condiciones fácticas cuyo objetivo es evitar el conflicto, y el de proporcionalidad en sentido estricto respecto a las posibilidades jurídicas, destinado a solucionar el conflicto. El principio de idoneidad excluiría la adopción de medios inidóneos que no sirvan para lograr la realización de un principio y, por el contrario, obstaculicen la realización de otro principio. Eliminarlo no iría en demérito de ningún principio; por el contrario, serviría para cumplir en mayor medida el principio que podía ser perjudicado. Más relevancia pareciera tener el principio de necesidad, por el cual entre dos medios igualmente idóneos para cumplir un principio cabe elegir el que menos lesione al otro principio. El fundamento de los dos principios, que acaba definiendo el concepto de optimización, es el óptimo de Pareto, conforme al cual un estado de cosas se consideraría óptimo cuando exista un equilibrio más allá del cual no es posible mejorar la posición de, al menos, un individuo sin que implique desmejorar la posición de algún otro (LOPERA, 2004, pp. 213 y ss.).

Pero una vez se establece que los principios son contrarios sería necesario apelar al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este

principio se fundamenta en la “ley de la ponderación” determinada por el propio ALEXY (2011, pp. 16-17): cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción de uno de los principios tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Para realizar la ponderación sería necesario establecer el peso del principio en relación con el principio opuesto. El autor reconoce que las formulaciones que propone basada en cocientes solo pueden habilitarse cuando se asignan cantidades numéricas en la escala infinitesimal entre 0 y 1 para graduar el peso, lo que imposibilitaba su uso en la argumentación jurídica. La solución requiere optar por valores cualitativos como *leve* o *grave*, o la conocida tríada *leve*, *moderado* y *grave* y la representación de estos valores a través de números que posibilitarían la acción de las fórmulas. No se negaría la discrecionalidad del legislador, pero se reduciría a los casos en que el peso concreto de cada principio fuera el mismo: en ese caso se permitiría tanto realizar la medida como omitirla.

En particular, para los defensores de la contingencia cabe negar el carácter universal de la teoría de los principios y ésta debe limitarse a explicar concretamente las características de la colisión entre derechos fundamentales conformados como principios. Los derechos fundamentales no serían principios en razón de su naturaleza, sino sólo cuando son positivados como tales, y la conexión entre derechos y el principio de proporcionalidad vendría dada por su expresión en el Derecho positivo ALEXY (2011, pp. 23-24). Particularmente importante e influyente es la conocida teoría habermasiana sobre la determinación de los derechos cuya construcción se sustenta en el marco de una democracia que habilita los espacios públicos para la elaboración de los derechos desde la autonomía de los individuos, miembros de una comunidad jurídica (HABERMAS, 1998). En términos de DURANGO (2010, p. 262), para Habermas el procedimiento democrático legitima el sistema y crea normas. Por medio de las acciones comunicativas, los individuos “son autores racionales de esas normas”. De este modo, el derecho adquiere su validez al imponer su cumplimiento cuando, socialmente, se hace necesario para articular tejidos sociales complejos que precisan para su convivencia de la validez de las normas plenamente legalizadas en el Estado democrático de derecho. Las normas se fundan en el consenso de quienes se hallan sujetos a ellas: la

justificación dada racionalmente sobre los acuerdos o desacuerdos sobre tales normas. Es el sistema de derechos el que funda la necesidad del derecho objetivo y del poder político estatal como medio para la imposición y protección de esos derechos (GARCÍA AMADO, 1993, p. 245).

ALEXY (2011, pp. 24-25) contradice la contingencia aclarando que él entiende que los derechos fundamentales no son solo Derecho positivo; la positividad refleja solo el lado real o fáctico de los derechos, pero éstos también cuentan con un lado ideal. El papel del constituyente sería únicamente *positivar* los derechos; esto es, convertir los derechos humanos en derechos positivos. Pero los derechos humanos serían morales, universales, fundamentales, abstractos y prioritarios sobre los demás tipos de derechos; por lo tanto, su existencia no dependería de la voluntad del constituyente, y la dimensión ideal de los derechos humanos sobreviviría con independencia de su positivación. Por otro lado, los derechos humanos contarían con carácter abstracto, y por ello colisionan necesariamente con otros derechos humanos y con bienes colectivos; por ello requerirían de ponderación. Lo que nos lleva de inmediato al inacabable debate entre posiciones iusnaturalistas e iuspositivistas que yace en el fondo de las diferentes posiciones doctrinales.

El problema de la ordenación de los principios también es relevante en la crítica al planteamiento de Alexy. Como afirma MORESO (2008, págs. 73 y 74) dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional; esto es, una escala de ordenación abstracta de los principios. Alexy se refiere, en general, a que el derecho a la vida debe tener mayor peso abstracto que la libertad general de actuar, pero esta intuición no puede suponer una escala de ordenación de todos los derechos constitucionales. Sin esa escala, en cada caso concreto deberá plantearse de nuevo la cuestión del peso abstracto de cada principio en liza. De hecho, ni siquiera está claro qué debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales.

Hoy en día, sigue debatiéndose sobre la racionalidad o no racionalidad de la ponderación. En el fondo del debate se sitúa la impresión, casi

certeza, de que ninguna fórmula lógica podrá nunca ofrecer una única solución a cada caso concreto, y que cuando se trata de ponderar permanece cierto margen de discrecionalidad del juez, que la doctrina más seria reconoce que es relativamente amplio¹³. BERNAL (2006, p. 73) después de proponer un modelo más completo –y más complejo– que la fórmula del peso, concluye que “debe reconocerse que la complejidad del modelo deriva de que la aplicación de los principios es, en sí misma, un procedimiento altamente complejo. Más allá de ello, es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. No obstante, este hecho no reduce la racionalidad ni la utilidad de la fórmula del peso”. Lo que parece querer decir que la racionalidad de la ponderación es relativa o propia, por lo que no podríamos hablar de una racionalidad lógica e invariable sino de un particular concepto de racionalidad de la ponderación.

723

En definitiva, y a pesar de todas las dudas respecto a la ponderación y a la proporcionalidad, los avances han sido muchos, y estamos hoy en día planteándonos fórmulas de solución de los conflictos entre derechos basadas principalmente en *la mayor protección efectiva posible del derecho* en relación con *la mayor protección efectiva posible del resto de derechos*.

3. El concepto de juez constitucional y el debate sobre la posible contradicción entre principios y reglas

¿Cuál debe ser el papel del juez ordinario en la garantía de los derechos? ¿Y el del Tribunal Constitucional? Sería difícil plantear esta cuestión sin hacer referencia a las posturas neoconstitucionalistas, que abogan por la aplicación directa por parte del juez de los principios frente a las reglas, que por formar parte de un paradigma anterior –legalista, en el sentido de positivista– podrían obstaculizar la aplicación directa de los principios.

13 Por todos, PRIETO SANCHÍS, 2001, p. 222.

Como es sabido, postulados como los analizados de Alexy forman parte del sustento de la corriente de pensamiento jurídico conocida como *neoconstitucionalismo*, que tuvo cierto auge en determinadas universidades europeas y latinoamericanas a partir de la década de los noventa del siglo XX¹⁴. El neoconstitucionalismo parte de la confianza en el juez *hercúleo* al momento de ponderar y argumentar, de ahí que requiera de la reflexión filosófico-jurídica sobre los valores, especialmente Dworkin¹⁵, y de las teorías más sólidas sobre la ponderación, como la ya citada de Alexy. Se trataría, afirman algunos de los defensores del neoconstitucionalismo¹⁶, de sustituir el principio de legalidad –fundamento del positivismo– por el de proporcionalidad –materia básica en el neoconstitucionalismo– en aquellos casos en que se encuentren en contradicción. Afirma ÁVILA (2008, p. 308) que “el principio de proporcionalidad (...) se contrapone a la legalidad cuando en el sistema jurídico se presentan antinomias entre la ley y la Constitución, y permite al juez sospechar de la ley y hasta inaplicarla, incluso (...). En la realidad de nuestros sistemas jurídicos, lamentablemente, los dos principios, en la mayoría de los casos, se encuentran en contradicción, lo cual hace que el rol de los jueces sea mayor”. ¿Qué significa que el rol de los jueces *sea mayor* para esta postura neoconstitucionalista? Que el juez ordinario se involucre en el problema concreto de hacer justicia y deje de aplicar una norma cuando, a través de la argumentación y de la ponderación, entienda que la norma es inconstitucional; esto es, el clásico método de la *judicial review* norteamericana vigente desde 1803. El autor lo explica con claridad: “El juez tiene en sus manos casos concretos de personas reales y en esos casos existen acontecimientos problemáticos: las

14 Respecto a la concepción del Neoconstitucionalismo como una teoría del Derecho, sus rasgos identitarios, su recorrido teórico y su diferenciación con el nuevo constitucionalismo, cfr. VICIANO Y MARTÍNEZ DALMAU, 2013, pp. 66 y ss.

15 Y, entre todas, la obra angular en el debate con HART sobre cómo decide el juez: DWORKIN, 2002. Sobre el citado debate, cfr. RODRÍGUEZ, 1997; MARTÍNEZ Dalmau, 2013, pp. 440 y ss.

16 Cabe tener en cuenta que las posturas respecto al neoconstitucionalismo son en su origen plurales y no convergen en muchos de sus aspectos; posteriormente se intenta su homogeneización. Respecto al origen diverso de las teorías neoconstitucionalistas cfr. CARBONELL, 2003; sobre los ensayos para su *canonización*, cfr. CARBONELL y GARCÍA JARAMILLO, 2010.

víctimas y los victimarios tienen derechos en un conflicto penal. En esos casos, debe comprender el sentido del hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, no puede ser indiferente al resultado de las acciones, debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar, (...) aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente” (ÁVILA, 2008, p. 329-330).

Ahora bien; la capacidad del juez ordinario de determinar que una regla no puede ser aplicada porque es contraria a la Constitución ¿soluciona realmente el problema del conflicto del derecho o incorpora más gravedad? Para analizar este problema debemos regresar a la ya mencionada diferenciación entre interpretación legal e interpretación constitucional, y al rol del juez ordinario en los sistemas constitucionalizados.

Aunque, como hemos apuntado, con la solidez que le caracteriza, Guastini niega la diferencia entre interpretación legal e interpretación constitucional, calificándose él mismo de escéptico realista¹⁷. Lo cierto es que esta diferenciación es necesaria a la hora de tratar la diferencia, fundamental en nuestros sistemas de gobierno, entre el papel del juez ordinario y el del juez constitucional. El papel del juez ordinario tal y como lo plantea una parte de los teóricos del neoconstitucionalismo, y que como hemos visto hunde sus raíces en la propuesta dworkiniana, nos llevaría irremediamente a una Constitución conformada en su parte dogmática casi exclusivamente por principios que serían de aplicación directa por el juez que otorga justicia en el caso concreto. La consecuencia sería concebir al juez ordinario como un aplicador de los principios con la discrecionalidad cosustancial a esta función en la búsqueda de la justicia concreta, dentro del marco de la razonabilidad de la ponderación en el sentido comentado anteriormente, reduciendo a su mínima expresión la intervención del legislador del cual, desde el prisma neoconstitucionalista, se desconfiaba¹⁸. Se trata de una doctrina que no solo huye del problema

17 Con autores como TARELLO, TROPER o CHIASSONI. Cfr. GUASTINI, 2008, pp. 41-42.

18 Como se ha afirmado en otra sede, “uno de los grandes problemas del neoconstitucionalismo es que no diferencia sustantivamente entre la función de los jueces que realizan el control concentrado de constitucionalidad –los tribunales constitucionales– y

de la legitimidad democrática, sino que conscientemente la rebate por los miedos hacia la acción de las mayorías. PRIETO SANCHÍS (2001, p. 204) no lo podría haber resumido mejor: el neoconstitucionalismo “recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular”. Menguaría, por lo tanto, el principio de legalidad y se usaría la voluntad constituyente para legitimar la función del juez activista.

Pero seguramente esta no es una solución acorde con el concepto material del Estado constitucional. La materialidad del Estado constitucional se caracteriza por la aplicación de la voluntad del poder constituyente democrático, y por lo tanto todos los órganos públicos deben estar comprometidos en el desarrollo del principio democrático manifestado sustantivamente en la voluntad del poder constituyente expresada en la Constitución. La aplicación de la Constitución, en todo caso, requiere de *reglas* que garanticen la realidad material del texto constitucional¹⁹. La

la justicia ordinaria, cuya interpretación de la Constitución viene premodulada por la realizada por los intérpretes auténticos (los mencionados tribunales constitucionales). En la confusión, propia del neoconstitucionalismo, entre sistema difuso y sistema concentrado, los jueces ordinarios acaban asumiendo la función de limitador a la libertad del legislador, lo que en última instancia significa la sustitución del legislador. Esta sustitución puede corresponder al juez que realiza el control de constitucionalidad, por el carácter político de su función como legislador negativo; pero no así al juez ordinario, que no está legitimado democráticamente para desarrollar una función política. El gran problema de la libertad del juez ordinario a la hora de aplicar la Constitución libremente es que no cuenta con la legitimidad democrática –ni la correspondiente legitimidad constitucional– para declararse por él mismo intérprete político de la Constitución” (VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 71).

- 19 De hecho, una parte de la doctrina sigue insistiendo en la arbitrariedad del *balancing* y en la necesidad de seguir confiando en reglas frente a principios por su capacidad para proteger los derechos. Para TSCHENTSCHER (2014, pp. 43 y ss) por ejemplo, el *balancing* es un peligro para la libertad individual, y hay muy buenas razones en la mayor parte de los derechos fundamentales para confiar en un sistema basado en reglas más que en un sistema basado en principios; además, la flexibilidad en los sistemas legales no necesitaría de los principios, sino que también podría conseguirse por reglas convenientemente diseñadas.

justicia en el Estado constitucional se traduce precisamente en la *garantía* de la Constitución, lo que exige tanto una interpretación integradora –principios y reglas– como órganos constitucionales destinados al cumplimiento de la Constitución tanto en su forma como en su materia, porque no le corresponde al juez ordinario estar solo frente al objetivo del cumplimiento de la Constitución. Se trata de lo que FERRAJOLI (2004:22) denomina *garantismo*: “El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista– no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial”.

Desde la óptica neoconstitucionalista, podría aducirse que restringir el juez ordinario al cumplimiento de principios y reglas tanto de la Constitución como de la ley sería mantenerse en el paradigma positivista y desaprovechar el momento histórico para convertir al juez legal en un juez constitucional. Nada más lejos de la realidad. La Constitución del Estado constitucional es una Constitución que requiere que todos los jueces sean jueces constitucionales en sentido sustantivo; esto es, que garanticen la aplicación de la Constitución. En términos de FERRAJOLI (2004:26) “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución (...). De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas”.

Ahora bien; como el objeto es el cumplimiento de la Constitución, el juez ordinario debe cumplir su rol en el marco integrador del resto de órganos públicos y respetando la determinación de sus competencias. El juez ordinario es juez materialmente constitucional porque colabora en

garantizar el cumplimiento de la Constitución; por ello su papel en el entramado público es tanto la aplicación directa de los principios como de las reglas, tanto constitucionales como legales, y de acuerdo con las decisiones del Tribunal constitucional. Para ello es necesario reducir en la medida de lo posible la discrecionalidad que, como hemos referido, es inherente a la ponderación²⁰. Debe interpretar por ello contando siempre con la jurisprudencia del Tribunal constitucional, órgano competente para decidir en el marco de la discrecionalidad de la ponderación. Cuando el juez ordinario interpreta la Constitución, esa interpretación debe poder ser avalada por el Tribunal Constitucional (juez constitucional en sentido orgánico). La decisión final sobre si, excepcionalmente dentro del funcionamiento de los órganos públicos en un Estado constitucional, una regla de configuración legal está de acuerdo o no con la Constitución solo puede corresponder al Tribunal Constitucional, órgano competente con capacidad para argumentar y decidir en el ámbito de discrecionalidad propio de la ponderación; de lo contrario convertiríamos al juez ordinario en un juez político. Como afirma ROMBOLI (2007, p.164)) tanto el juez constitucional como el juez ordinario interpretan la Constitución, pero lo hacen desde planos diferentes: el juez ordinario desde el plano concreto, la aplicación de la ley; el juez constitucional desde el plano más general, de la constitucionalidad de la ley.

En el sentido expuesto, la duda kelseniana nos sigue siendo útil: cuando el juez ordinario duda sobre la aplicación de una regla infraconstitucional debe plantear esta duda al Tribunal constitucional²¹; de esa for-

20 En términos de PRIETO SANCHÍS (2001, pp. 222-223) los jueces no comparten “una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación, donde las «circunstancias del caso» que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediablemente en un juicio de valor”. El autor, a continuación, hace un esfuerzo por matizar las críticas provenientes desde el subjetivismo.

21 De hecho, esta es la norma general en los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad: el acceso al Tribunal constitucional por parte del juez ordinario a través de las cuestiones de constitucionalidad. Cuestión diferente es el de los sistemas denominados mixtos: al mantener la capacidad de los jueces ordinarios para dejar de aplicar una regla

ma coadyuva al cumplimiento de la Constitución, y se convierte materialmente en juez constitucional. Siguiendo también a FERRAJOLI (2004, p. 26) “esto y no otra cosa (...) es lo que entendíamos (...) con la expresión «jurisprudencia alternativa» (...): interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad”.

En definitiva, cabe comprender que tanto la composición política del Tribunal Constitucional como su ámbito orgánico competencial determinado por la Constitución imponen que sea éste quien reúna las condiciones para ser el máximo intérprete constitucional y aplicar los criterios de razonabilidad en la interpretación de la Constitución en general, y de los derechos con estructura de principios en particular²², confiando en manos del juez ordinario la garantía de la Constitución a través de la aplicación de la Constitución y las leyes constitucionales, así como la vigilancia de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico a través de la denuncia al Tribunal Constitucional de las leyes potencialmente inconstitucionales; es ese el significado que debería cobrar el *activismo judicial*, aquello que Saavedra denomina el “uso democrático del Derecho”²³, y no la arrogación de funciones que por su naturaleza no le corresponden, ni le deben corresponder, a los jueces ordinarios.

que consideren inconstitucional, cuentan con cierto grado de inestabilidad que posiblemente derive, de *facto* y quizás de *iure*, hacia un sistema concentrado puro. Con todo, el sistema mixto entraría dentro del paradigma de constitucionalidad expuesto siempre que existan los mecanismos, como la tutela contra sentencia, que faciliten que la decisión final corresponda por decisión expresa o tácita al Tribunal constitucional.

22 Al respecto, cfr. GALÁN, 2006, pp. 50 y ss.

23 SAAVEDRA (1996, pp. 243 y 244) se inscribe entre quienes abordan la necesidad de una interpretación democrática del Derecho realizada por los jueces desde la perspectiva crítica. “El único uso del Derecho permisible para los jueces en un Estado democrático es precisamente el uso democrático del Derecho. No solamente es el único uso permisible, sino que al mismo tiempo es el uso obligado del Derecho. Utilizar democráticamente el Derecho significa ahondar en el sentido de la Constitución y extraer de ella todas sus consecuencias (...). El uso del Derecho equivale a una interpretación democrática del mismo. La interpretación democrática del Derecho tiene un carácter crítico”.

4. Conclusiones

La interpretación de la Constitución en referencia a los derechos contenidos en ella conlleva realizar el esfuerzo necesario para que se garantice la máxima aplicación de los derechos. Pero el significado y la garantía de los derechos no pueden consistir en una decisión unilateral del juez. La Constitución democrática es fruto de una voluntad constituyente que ha determinado cómo se configuran constitucionalmente los derechos y cuáles son sus mecanismos de aplicabilidad. El juez constitucional, intérprete superior de la Constitución, debe tener en cuenta esta voluntad como criterio de legitimidad de su decisión, y entender que la interpretación de acuerdo con otros parámetros puede suponer en última instancia la falta de legitimidad de la interpretación realizada.

730

La doctrina mayoritaria en relación al conflicto de derechos formulados como principios apoya el método de la ponderación. Desde diferentes posiciones, la ponderación de derechos, relacionada con las reflexiones sobre el núcleo esencial, entiende que la aplicación de los derechos en caso de conflicto debe realizarse en su máximo potencial sin desvirtuar el derecho que suscita el conflicto. Pero la ponderación, aunque se revista de elementos técnicos, no deja de tener un componente de decisión importante. Cabe seguir trabajando sobre las condiciones y los límites de la ponderación teniendo en cuenta las críticas realizadas por un sector nada desdeñable de la doctrina. Sector que, no obstante, ha propuesto más bien pocas alternativas a la ponderación para solucionar los conflictos de derechos.

La existencia de una Constitución democrática supone la búsqueda de mecanismos constitucionales comprometidos en la garantía de la Constitución en general, y de los derechos protegidos en ella en particular. Para lo que es necesaria una lectura protectora y fortalecedora de la Constitución, que realiza el Tribunal Constitucional. La interpretación vinculante de la Constitución es la principal función de los tribunales constitucionales, que se diferencia sustancialmente de la interpretación realizada por el juez ordinario, obligado por la jurisprudencia constitucional. A pesar de las reflexiones al respecto de determinado sector de la justicia, la diferenciación entre interpretación por el juez constitucional

e interpretación por el juez ordinario sigue más vigente que nunca en el constitucionalismo democrático.



Bibliografía

1. AGUILÓ REGLA, J. “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 35, 2012, págs. 235-258.
2. ALEXY, R. “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 91, enero-abril 2011, pp. 11-29.
3. ÁVILA SANTAMARÍA, R. “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)”, CARBONELL, MIGUEL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
4. BACHOF, O. ¿Normas constitucionales inconstitucionales?, Lima: Palestra, 2010.
5. BERNAL PULIDO, C. “La racionalidad de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 77, mayo-agosto 2006, pp. 51-75.
6. CANOSA USERA, R. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LA RREA, A. (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
7. CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.
8. CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L., *El canon neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
9. CARPIO MARCOS, E. “La interpretación de los derechos fundamentales”. *Derecho PUCP* N° 56, 2003, pp. 463-530.
10. DURANGO ÁLVAREZ, G. “El concepto de los derechos sociales en la teoría habermasiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez”. *Revista de Derecho*. N° 33, 2010, pp. 247-276.

11. DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2002.
12. FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 2004.
13. GALÁN JUÁREZ, M. “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad”. *Isegoría* nº 35, julio-diciembre 2006, pp. 33-55.
14. GARCÍA AMADO, J. A., “La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas”. *Doxa* Nº 13, 1993, pp. 235-258.
15. GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta, 2008
16. HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
17. HÄBERLE, P. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”. *Academia. Revista sobre la Enseñanza del Derecho* nº 11, 2008, pp. 29-61.
18. HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Dykinson, 2003.
19. LOPERA MESA, G. P., “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía* nº 27, 2004, pp. 211-243.
20. MARTÍNEZ DALMAU, R. “La interpretación de la Constitución democrática”, en AA.VV., *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante*, Nápoles: Edizioni Schientifiche Italiane, 2013.
21. MARTÍNEZ DALMAU, R., “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática”, en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia: Tirant, 2014.
22. MORESO, J. J. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
23. PAREJO ALFONSO, L. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”. *Revista Española de Derecho Constitucional* vol. I, nº 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169-190.
24. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.
25. PRIETO SANCHÍS, L. “Notas sobre la interpretación constitucional”.

- Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n° 9, mayo-agosto 1991, pp. 175-198.
26. PRIETO SANCHÍS, L. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 5, 2001, pp. 201-228.
27. RODRÍGUEZ, C. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
28. ROMBOLI, R. “La interpretación de la ley a la luz de la Constitución. La llamada *interpretación conforme* en las relaciones entre la Corte Costituzionale y los jueces ordinarios en Italia”. *Derecho PUCP* N° 60, 2007, pp. 123-169.
29. ROMBOLI, R. *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*. Lima: Palestra, 2017.
30. SAAVEDRA, M. “Interpretación judicial del Derecho y Democracia”. *Travesías. Política, Cultura y Sociedad en Iberoamérica*. N° 1 julio-diciembre 1996, pp. 235- 244.
31. TSCHENTSCHER, A. “Interpreting Fundamental Rights. Freedom versus Optimization”, en PÜNDERR, Hermann y WALDHOF, Christian (eds.), *Debates in German Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 2014.
32. VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el *neoconstitucionalismo* y el *nuevo constitucionalismo*”. *El Otro Derecho*. N° 48, 2013, pp. 63-84.

Libertad de información y nuevas tecnologías*

✉ ASCENCIÓN ELVIRA PERALES**

1. Introducción

Los avances científicos y tecnológicos están alterando nuestra forma de vida y también el contenido e interpretación de los DDFF. En las páginas que siguen me referiré a las libertades de expresión y de información, en concreto a algunas de las nuevas dimensiones y riesgos a los que están sometidas, en particular cuando se produce interrelación con otros derechos.

735

Al tratar estas cuestiones hay que tener en cuenta que la rápida evolución de ese tipo de avances hace que la legislación no ofrezca la solución requerida, a lo que se une que la casuística es especialmente acusada, por estos motivos serán los jueces los encargados de dar respuesta a los conflictos planteados, en bastantes casos, cuando se vea implicada la tecnología, sin contar con conocimientos suficientes sobre el medio. Por otra parte, dadas las características de estos desafíos, será frecuente la interrelación entre los distintos niveles de protección, de tal forma que, en los Estados miembros de Unión Europea, a las garantías nacionales se sumarán las ofrecidas por la propia Unión Europea y su Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE), y, por otra parte, en el marco del Consejo de Europa, la del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “El nexos dato científico/tecnológico-derecho fundamental: un desafío para los actuales ordenamientos constitucionales” (PGC2018-093737-B-I00).

** Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid.

2. Internet y derecho a la información

Internet ha supuesto un auténtico vuelco a dos derechos capitales, la libertad de expresión y la libertad de información, derechos que, como es bien sabido, resultan claves para la creación de una opinión pública libre y para la propia democracia. Los cambios que ha supuesto Internet en relación con estos derechos son muy numerosos: se amplía el abanico de medios y las vías y la facilidad de acceso a la información; se multiplica el alcance de la información; se diversifican los comunicadores. Como es fácil imaginar, esas enormes ventajas se ven empañadas por unos riesgos nada fáciles de controlar, como la difusión desmedida de noticias falsas o la perenne aparición de otras sin interés actual, entre otros; cuestiones muchas de ellas en las que los límites o respuestas están ligados a la tecnología, lo que dificulta la toma de decisiones a los aplicadores del Derecho. De igual modo, se hace más difícil fijar la frontera entre expresión e información, o delimitar a quién puede calificarse de periodista y atribuirle así los beneficios de la profesión.

736

En estas páginas me centraré en el derecho a la información, siempre teniendo presente su difícil distinción con la libertad de expresión, a la vez de la citada actual indeterminación para determinar qué canales podemos considerar de información.

Debido a su accesibilidad, capacidad de almacenamiento y a comunicar vastas cantidades de información, Internet desempeña un importante papel en el acceso del público a noticias, facilitando la propagación de información en general¹. En efecto, Internet puede considerarse como instrumento para propiciar la información, sin embargo, la realidad pone en entredicho esa ilusión inicial, puesto que, si bien ofrece una plataforma aparentemente sin límites, pronto se aprecia que la información se expande, pero también se empobrece, pues los grandes propagadores de información no son los canales considerados serios sino simplificaciones de noticias originadas por otros medios; si bien resulta fácil verter

1 En este sentido se pronuncia el TEDH en el asunto *Beizaras y Levickas c. Lituania*, S. de 14 de enero de 2020.

información, habitualmente el acceso a la misma por parte de la mayoría se reduce a esas simplificaciones o, en el mejor de los casos, a las versiones digitales de medios tradicionales (KOLTAY, 2019,74-75).

Asimismo, el papel de los individuos cambia con la utilización de los medios que facilita Internet, de modo que, de mero sujeto pasivo en relación con los medios de comunicación tradicionales, toda persona puede convertirse en agente activo al utilizar las nuevas plataformas y también, aunque en menor grado, al interactuar en las versiones digitales de los medios tradicionales de modo que no solo consumimos información, sino que podemos producirla (AZZIMOTI y FERNANDES, 2018, 3).

A la hora de analizar las nuevas posibilidades, considerar un periódico digital equivalente a uno de papel no reviste dificultad, pero aún así es preciso establecer matices; por ejemplo, a la hora de valorar el control que se ejerce sobre los contenidos ajenos, no puede darse igual trato a las cartas al Director en la prensa escrita que a un comentario colgado directamente en la red, pues el factor inmediatez marca una diferencia que no es posible obviar. Mayores dificultades, no obstante, supone catalogar otros instrumentos, en este sentido, ¿Qué tratamiento ha de recibir un blog independiente? ¿Qué características pueden pedirse para que se considere información?

737

Que el periodismo ya no se limita a los medios tradicionales, ni siquiera al que cuenta con un cierto grado de formalismo y de procedimientos profesionales o de control, lo puso de manifiesto, por ejemplo, la Abogada General Sharpton², al admitir bajo esa rúbrica el denominado ‘periodismo ciudadano’, sin que ello suponga considerar como tal cualquier actividad de divulgación, sino solo aquella cuyos fines sean ‘periódísticos’ e igualmente respeten otros derechos implicados.

El TJUE ha seguido esa línea y ha manifestado que, para subrayar la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, es preciso interpretar de manera amplia el concepto de periodismo y tener

2 Conclusiones al asunto C-345/17, presentadas el 27 de septiembre de 2018.

en cuenta la evolución y la multiplicación de medios de comunicación y de difusión de información, de manera que “el soporte en el que se transmiten los datos, clásico como el papel o las ondas de radio, o electrónico como Internet, no es determinante para apreciar si se trata de una actividad «con fines exclusivamente periodísticos»”, y manifiesta qué habrá de entender por “«actividades periodísticas», de modo que considerará tales las que tengan por finalidad divulgar al público información, opiniones o ideas, por cualquier medio de transmisión”³, sin que estén reservadas a las empresas de medios de comunicación y pudiendo ejercerse con ánimo de lucro”⁴. A la vez, ha destacado que Internet reviste particular importancia para la libertad de expresión e información, incluso resaltando que “los hipervínculos contribuyen a su buen funcionamiento y al intercambio de opiniones y de información en esa red, caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información”⁵. La nota clave, pues, será la ‘divulgación al público de información’. En sentido contrario, no encontrarán cobijo en la libertad de información aspectos ajenos a la misma, como, por ejemplo, los enmarcados en la regulación de los servicios de la comunicación audiovisual⁶, sin perjuicio de que en ocasiones puedan ser medios para el ejercicio de aquella.

A la luz de esa interpretación, la determinación de si los contenidos pueden incluirse o no en la categoría de periodísticos dependerá no solo

3 Asunto *Sergejs Buivids*, C345/17, STJUE de 14 de febrero de 2019, § 53 y ss. El asunto trataba de la publicación en un canal de difusión de videos de la grabación de un interrogatorio de policía al que había sido sometido el Sr. Buivids sin conocimiento de los agentes implicados.

4 Asunto *Tietosuoja ja valtuutettu y Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, C73/07, S. de 16 de diciembre de 2008, § 61.

5 Caso C- 160/15, *GS Media BV*, STJUE de 8 de septiembre de 2016.

6 En este sentido, asunto C347/14, *New Media Online GmbH y Bundeskommunikationssenat*, S. 21 de octubre de 2015.

Por su parte, en el asunto C-299/17 *VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH/Google LLC*, STJUE de 11 de octubre de 2019, se precisaba que la disposición alemana que prohíbe a los motores de búsqueda utilizar “snippets” de prensa sin la autorización previa del editor no es aplicable por no haber sido comunicada previamente a la Comisión al tratarse de una regla relativa a un servicio de la sociedad de la información y por tanto de un “reglamento técnico” cuyo proyecto debe ser objeto de una comunicación previa a la Comisión.

de la denominación del medio o de la página, sino de un análisis efectivo de aquéllos para así determinar si la finalidad es informativa. Esta tarea puede no resultar tan fácil como parece por cuanto, incluso en asuntos claramente ligados a la formación de la opinión pública –al menos en España– habrá que determinar si la nota dominante es la información o la expresión, también protegible, pero no afectada por la exigencia de la veracidad impuesta a la información. Por otra parte, a medida que el contenido se aparte de la clásica concepción de formación de la opinión pública, se plantearán dudas: la información sobre una materia que interesa solo a una reducida minoría ¿estará protegida? ¿Y la información sobre un asunto superficial? Esto lleva a pensar que la aparente claridad de la definición inicial se difumina al analizar supuestos concretos, como suele suceder en el Derecho, los tonos blancos y negros son evidentes, pero la gama de grises es muy amplia.

Otra cuestión que merece tener presente es que, si bien hipotéticamente la difusión de contenidos a través de Internet es infinita, la realidad se encarga de rebajar ese alcance, de esta manera puede comprobarse que el prestigio del medio –si se trata de la difusión de noticias aparecidas en prensa– lleva a que una previa implantación se traslade a las versiones digitales. Si se trata de contenidos vertidos en redes sociales, será el número de ‘*followers*’ o la conversión en ‘*trending topic*’ lo que seguramente marque el impacto; siempre, claro está, con la posibilidad de que un contenido suponga una sorpresa y pase de un origen oscuro a una visibilidad significativa. Los estudios efectuados al respecto indican cómo la hipotética universalidad de Internet queda limitada en la práctica, de manera que solo un número reducido de medios o de contenidos alcanzan una publicidad significativa. Todo ello sin olvidar tampoco, contenidos de difusión limitada, pero amplia si se toman en consideración solo los potenciales destinatarios, como sucede con la información especializada.

739

Este tipo de limitación ‘real’, ha sido puesto de relieve en España por el Tribunal Supremo, el cual, si bien se hace eco de que el periodismo desborda los medios tradicionales, se encarga a su vez de diferenciar el alcance de la difusión a través de Internet. En efecto, este Tribunal ha matizado el alcance de la difusión por Internet de la versión digital de un

periódico local e interpretado que, a pesar del alcance en teoría universal que ofrece la difusión por Internet, los lectores de la versión digital de un periódico local no serán mucho más numerosos que los de la versión escrita⁷. Este aspecto cobra relieve no desde el punto de vista de la protección de la información, sino a la hora de analizar la vulneración que hubiera podido producirse de otros derechos de determinadas personas y, en consecuencia, al tipo y alcance de la reparación pertinente. En definitiva, aunque el medio, Internet, tenga un alcance universal, el alcance de un mensaje habrá de medir de manera acorde a su difusión real.

Por lo que se refiere a la protección de las libertades de expresión e información, el TEDH cuenta con una dilatada jurisprudencia, en la que ha ido desgranando las pautas que habrán de aplicarse en cada supuesto y comprobar así, si han de primarse estas libertades o, por el contrario, ceder ante otros derechos o bienes protegidos. El propio TEDH ha resumido de la siguiente forma los diferentes factores que será preciso analizar: (a) contribución a un debate de interés público, (b) el grado de notoriedad de la persona afectada, (c) el objeto de la información, (d) la previa conducta de la persona concernida, (e) el contenido, forma y consecuencias de la publicación y, en su caso, (f) la forma en que se haya obtenido la información y su veracidad; finalmente cuando el TEDH contempla una pena impuesta a los periodistas o editores, analizará la severidad de la misma⁸. El TEDH hace especial hincapié en la necesidad de analizar el objeto de la información siempre en relación con el conjunto de factores que la rodean, pues es bien sabido que la alteración de algunas circunstancias puede llevar a variar el juicio sobre casos que un primer análisis superficial hubiera llevado a reputar iguales, lo que evidentemente conlleva que las circunstancias concretas de cada país puedan conducir

7 STS 689/2019, de 18 de diciembre de 2019. Conviene recordar que, en su caso, las indemnizaciones por vulneración de los derechos de la personalidad serán proporcionales al alcance del daño, así como al beneficio que haya reportado al divulgador. Igual referencia al potencial impacto del medio encontramos en la STEDH de 8 de octubre de 2018, caso *Stomakhin c. Rusia*.

8 Así lo resume el propio TEDH en el asunto *Balaskas c. Grecia*, S. de 5 de noviembre de 2020, pero se puede encontrar en muchas otras sentencias.

a soluciones diferentes, lo que, a su vez, ha conducido a que el TEDH en algunas ocasiones ceda a la interpretación nacional del análisis efectuado.

El TEDH incide en que existe escaso margen de restricción para la libertad de expresión cuando se trata de discurso político o de asuntos de interés público. De manera que, en estos supuestos juega una cierta preferencia en favor de esa libertad, a pesar de reconocer que el discurso político es fuente de polémicas, a menudo virulentas, lo que, sin embargo, no le resta interés público, salvo si degenera en una llamada a la violencia. En ello estriba el límite que no puede sobrepasarse⁹. La categorización de una publicación como de interés público puede resultar más difícil, en general se ha entendido referida a asuntos que afectan al público hasta el punto de que pueda tener un interés legítimo en ellos, que atraiga su atención o que le afecten de manera significativa, especialmente en el sentido de que afecten al bienestar de los ciudadanos o a la vida de la comunidad¹⁰, lo que obviamente deja fuera cuestiones llamadas meramente a satisfacer la curiosidad del público¹¹, lo que no significa que queden automáticamente proscritas, sino que en ese tipo de casos decaerá la preferencia por la libertad de información.

741

En consecuencia, ante una colisión con otros derechos, a salvo de las especificidades que ofrece la *web*, los derechos en juego, las posibles vulneraciones y las matizaciones correspondientes son las mismas que en el mundo analógico¹². Con todo, no puede desdeñarse que los riesgos de vulneraciones se acrecientan con respecto a los medios tradicionales, primero, por su posible mayor impacto, ligado a la mayor facilidad de

9 Asunto *Baldassi y otros c. Francia*, STEDH de 11 de junio de 2020, en el que se analizaba una llamada a boicot a productos de Israel en la página web de un ayuntamiento.

10 Como resumía la A.G. Sharpton en el asunto antes citado.

11 Resulta paradigmático el caso *von Hannover c. Alemania*, STEDH de 24 de junio de 2004. Conviene contrastarlas con *von Hannover c. Alemania* (2), STEDH, de 7 de febrero de 2013, y *von Hannover c. Alemania* (3), STEDH de 19 de septiembre de 2019.

12 En la misma STC citada en la nota anterior se recuerda, por ejemplo, la menor intensidad de la protección del derecho al honor en las personas jurídicas que en las personas físicas.

reproducción, pero también porque Internet permite comunicar al público contenidos que engloban, en un todo, textos, sonido e imagen, sea cual sea el campo u objeto de la difusión. Esa necesidad de proteger otros derechos frente a posibles abusos de la información ha sido puesta de relieve por el TJUE, el cual ha recalcado el deber de conciliar el derecho a la intimidad con la libertad de expresión e información y el papel que estos derechos desempeñan como garantía de una sociedad democrática labor que, dentro del respeto a la normativa de la Unión corresponderá a las Estados, siempre de conformidad con la doctrina sobre la materia del TEDH, como ya hemos expuesto.

Uno de los matices que conviene tener presente en el escenario actual es que, en caso de vulneración del derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen, convendrá sopesar la oportunidad de entablar —o no— acciones para reparar la lesión, puesto que, como es fácil comprobar, en bastantes ocasiones un asunto adquiere mucha más repercusión a partir de la denuncia que en el momento inicial¹³, alcanzando incluso proporciones imposibles de controlar. En este sentido, incluso ciertas medidas de protección, como pueda ser el secuestro de una publicación, pueden, en la actualidad, resultar inútiles si los contenidos ya se hallan disponibles en la red¹⁴.

Lo expuesto hasta el momento podría llevar a pensar que solo los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen (art. 18.1 CE), o a la protección de datos (art. 18.4 CE) pueden verse vulnerados por obra del (mal) uso de Internet al ejercer las libertades de expresión e información; sin embargo, no es así también pueden verse afectados otros derechos, entre ellos la igualdad o (y así sucede con frecuencia) el derecho de propiedad.

13 Ejemplo de ello lo tenemos en España con los músicos César Strawberry y Valtonyc, ambos con un seguimiento limitado, pero que alcanzaron gran repercusión al publicarse sus imputaciones y condenas por el contenido de la letra de sus canciones.

14 Como sucedió en España hace ya años con el secuestro judicial de una revista satírica, *El Jueves*, al publicar una viñeta que se consideró que vulneraba el honor de los entonces príncipes, de la que todos adquirimos conocimiento por su difusión en Internet después de su secuestro.

Como ejemplo de vulneración del derecho de igualdad, cabe citar el asunto *NH*¹⁵, en especie una discriminación por razón de orientación sexual, en el cual se valoraba la difusión por Internet de unas previas declaraciones en la radio por parte de un abogado que había afirmado que ‘nunca contrataría a homosexuales’; aunque por el contenido de la cuestión prejudicial no se valoró un posible delito de odio, si se apreció vulneración de la igualdad en el acceso al trabajo conforme a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, puesto que tales declaraciones, a pesar de no afectar a un proceso de selección en marcha, podrían hacerlo en un futuro.

Como ejemplo de afectación al derecho de propiedad, entre otros, cabe aludir a los asuntos *Spiegel Online* o *Funke Medien*¹⁶, conforme al cual “la libertad de información y la libertad de prensa, consagradas en el artículo 11 de la Carta, no pueden justificar, al margen de las excepciones y limitaciones establecidas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29, una excepción a los derechos exclusivos de reproducción y de comunicación al público del autor a los que se refieren, respectivamente, los artículos 2, letra a), y 3, apartado 1, de esta Directiva”. Para afianzar su argumentación el TJUE invoca la jurisprudencia del TEDH, de modo que, para efectuar la ponderación entre los derechos de autor y el derecho a la libertad de expresión, es necesario tener en cuenta que el tipo de «discurso» o de información ha de contar con especial importancia, sobre todo, en el marco del debate político o de un debate que afecte al interés general¹⁷. De igual modo, habrá de tomarse en consideración el tratamiento que se haga de la información o de la obra y la finalidad que se pretende obtener. Todo ello conduce a que la respuesta a casos aparentemente

15 Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 31 de octubre de 2019, *Asunto C507/18, NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*.

16 SSTJUE ambas de 29 de julio de 2019, asuntos C- 516/17, *Spiegel Online GmbH y Volker Beck*, y C469/17, *Funke Medien NRW GmbH y Bundesrepublik Deutschland*. También asunto *Constantin Film Verleih GmbH*, C-269/19, STJUE de 9 de julio de 2020.

17 La STJUE alude a la STEDH de 10 de enero de 2013, *Ashby Donald y otros c. Francia*, § 39.

iguales difiera una vez examinados todos los factores que confluyen en una información. Por otra parte, en otras sentencias el TJUE ha tenido ocasión de matizar que la protección de los derechos de propiedad no puede significar la imposición a los meros proveedores de Internet de una obligación de supervisión general de todos los datos que transmita por su red¹⁸, sin perjuicio de que, en cuanto tengan conocimiento o consciencia efectivos de que unos datos son ilícitos, los mismos prestadores habrán de actuar con prontitud para retirar tales datos o impedir el acceso a ellos.

No solo el TJUE se ha pronunciado sobre estas cuestiones, sino que –como se desprende de lo anteriormente expuesto– también el TEDH, entre sus múltiples pronunciamientos sobre la libertad de expresión, ha tenido ocasión de abordar algunos de esos nuevos problemas que plantean los avances tecnológicos.

En la doctrina del TEDH lo primero que cabe destacar es que, de acuerdo con el signo de los tiempos, adopta una interpretación amplia con respecto al alcance de la protección de la libertad de expresión contenida en el art. 10 CEDH. Buena parte de los casos se refieren a asuntos vinculados a los medios tradicionales de información, distinguiendo su alcance en función del medio de que se trate, de modo que ha señalado que los medios audiovisuales suelen obtener un mayor y más fuerte impacto que la prensa escrita¹⁹. Sin embargo, la protección de la libertad del art. 10 CEDH no queda reducida a esos medios ‘tradicionales’ sino que la extiende a la comunicación a través de Internet y su efecto multiplicador, con la consideración de que los comunicadores en Internet también cuentan con ‘deberes y responsabilidades’²⁰, sobre informaciones presentes o pasadas recogidas en archivos accesibles a Internet²¹, cualquiera que sea el tipo de mensaje²², tengan o no formato de prensa, pueden estar

18 C-70/10, STJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto *Scarlet Extended SA*.

19 Asunto *Pedersen y Baadsgaard c. Dinamarca*, STEDH de 17 de diciembre de 2011.

20 Asuntos *Ashby Donald y otros c. Francia*, STEDH de 10 de enero de 2013; *Comité de redacción de Pravoye Delo yt Shtekel c. Ucrania*, TEDH 2011; *Delfi c. Estonia*, S. de 16 de junio de 2015.

21 *Times Newspapers Ltd c. Reino Unido* (nos 1 y 2), STEDH de 10 de marzo de 2009.

22 Caso *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, 28 de marzo de 1990, § 55.

protegidos cuando transmiten ‘información’, incluso cuando el objetivo tenga naturaleza lucrativa²³ y también las fotos²⁴, incluso las de moda. Cabe destacar, pues, que el TEDH ha defendido una concepción muy amplia del contenido de la libertad de expresión e información, incluyendo aspectos tradicionalmente excluidos como pueda ser la publicidad²⁵.

En consecuencia, el TEDH subraya la relevancia de la libertad de información por su papel clave en una sociedad democrática, papel no le corresponde a cualquier tipo de información sino solo a aquella relacionada con el interés general y con la formación de una opinión pública libre, siempre que esa información, a su vez, responda a la verdad y haya sido suficientemente contrastada. En sentido contrario, sea cual sea el medio, a medida que lo publicado se aleje del interés general, disminuirá el grado de protección. En cualquier caso, la protección de la libertad de información ha de cohonestarse con la protección de otros derechos que puedan verse afectados, como el derecho a la vida privada o los intereses económicos (la propiedad) de otras personas²⁶, y será precisamente en esos casos cuando el TEDH estime que cabe un mayor margen de apreciación por parte de los Estados²⁷. Por consiguiente, si las circunstancias de un Estado varían con respecto a otro, el juicio del TEDH puede variar. En este sentido, que la democracia esté asentada o el papel de la religión en la sociedad pueden determinar que la balanza se incline en uno u otro sentido.

Con relación, en particular, a problemas que se suscitan con los nuevos medios resulta clave el asunto *Delfi c. Estonia*, en concreto a la cuestión de la inmediatez que imponen y a quiénes corresponde o alcanza la responsabilidad por los comentarios vertidos. En el caso se cuestionaba

23 Véanse, por ejemplo, *mutatis mutandis*, *Autronic AG c. Suiza*, S. de 22 de mayo de 1990, § 47 y *Casado Coca c. España*, S. de 24 de febrero de 1994, § 35.

24 *Von Hannover c. Alemania (no 2)* [GC], § 103.

25 Como en el citado caso *Casado Coca c. España*, STEDH de 24 de febrero de 1994 en la que considera que la prohibición de publicitar los servicios de los abogados vulneraba el art. 10 CEDH.

26 Asunto *Ashby Donald y otros c. Francia*, STEDH de 10 de abril de 2013.

27 Por ejemplo, asunto *MGN Limited c. Royaume-Uni*, § 142, S. de 18 de enero de 2011.

la responsabilidad de un medio digital por los comentarios de carácter agresivo o insultante efectuados por distintas personas a raíz de un artículo publicado. Al enjuiciar la cuestión, el TEDH toma principalmente en consideración el carácter digital del medio por el eco que esto puede suponer en el sentido de la multiplicación del alcance que puede proporcionar Internet y también por la vertiente comercial, puesto que los ingresos proceden significativamente de los anunciantes, incrementando su aportación en función del número de respuestas recibidas; a continuación el TEDH interpreta que las medidas genéricas para controlar los comentarios subidos por los lectores no resultan suficientes para evitar mensajes vejatorios o de odio, apoyándose, entre otros factores, en el largo plazo desde el momento en que se vierten los mensajes hasta su retirada por el medio. En definitiva, se pone de relieve, por una parte, que la inmediatez de Internet no puede suponer una patente de corso para obviar los límites de la libertad de expresión y así admitir mensajes que vulneren derechos de otras personas; esto a su vez lleva a determinar la responsabilidad del medio, en particular cuando no es posible perseguir al autor del mensaje debido a su carácter anónimo, entendiendo que se pueden y deben de arbitrar medidas para detectar y eliminar ese tipo de mensaje en un corto plazo.

El TEDH ha profundizado en estas cuestiones, en el sentido de que el tiempo de respuesta, desde tener conocimiento de una información perjudicial o de una demanda de retirada, será un factor a tener en cuenta, del mismo modo que considera clave el hecho de que la información afecte a los derechos personalísimos, en cuyo caso habrá de extremarse la diligencia, frente a los supuestos de afectación a personas jurídicas ya que el TEDH considera que no gozan de ese tipo de derechos²⁸.

Asimismo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los hipervínculos, señalando su importante papel como difusor de la información, pero también la responsabilidad de quien los incluye con respecto a su contenido, que habrá de ser similar a la que ha de ejercer cualquier

28 Asunto *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt c. Hungría*, STEDH de 2 de febrero de 2016.

informador, esto es, teniendo que ejercer el contraste suficiente o respetar los requisitos del denominado ‘reportaje neutral’, sin que pueda imputarse responsabilidad, por regla general, por cambios introducidos con posterioridad al texto al que conduce el hipervínculo²⁹.

Por último cabe destacar que en la defensa de la libertad de expresión e información, el TEDH no solo ha defendido a los titulares de estos derechos, ‘toda persona’ (art. 10 CEDH), sino a medios de difusión de la información como los realizados a través de Internet y sus múltiples posibilidades, dado que toda restricción al respecto incide en el derecho a recibir y comunicar informaciones, llegando a afirmar que se encuentra entre las herramientas esenciales para la participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público. Esas consideraciones han llevado, a su vez, a entender que puede tener la condición de víctima un usuario de un sitio Internet, en caso de acordarse un bloqueo injustificado y excesivo de ese sitio, como pueda ser Google sites o Youtube. De igual modo, ha llevado al TEDH a reputar contrario al art.10 CEDH el bloqueo total de un sitio web y de *Google sites* como consecuencia de una medida cautelar³⁰.

747

3. Discurso del odio y *fake news*

A la hora de analizar las libertades de expresión e información en Internet es preciso aludir a dos supuestos, los denominados ‘discurso del odio’ y ‘*fake news*’, fenómenos que, evidentemente, no son nuevos, pero que han alcanzado una dimensión singular gracias a la utilización de las nuevas tecnologías, debido al aumento del número de potencial de divulgadores, tanto en sentido activo como artífice de ese tipo de mensajes, como de aquellos que se limitan a difundir mensajes ajenos, pues antes solo los profesionales tenían la posibilidad de acceder a un medio, mientras que ahora cualquier persona puede hacerlo ya sea con mayor o

29 Caso *Magyar Jeti Zrt c. Hungría*, STEDH de 4 de diciembre de 2018

30 Asuntos *Ahmet Yildirim c. Turquía*, STEDH de 18 de diciembre de 2012; *Cengiz y otros c. Turquía*, STEDH de 1 de diciembre de 2015; *Engels c. Rusia y Bulgakov c. Rusia*, ambas SSTEDH de 23 de junio de 2020, entre otras de la misma fecha.

menor capacidad de recepción. A su vez, de forma inicial, hay que tener presente que, si bien discurso del odio y *fake news* son fenómenos distintos, con bastante frecuencia se presentan unidos.

3.1. Discurso del odio

Por lo que se refiere al primero, es de todos conocido que esa doctrina procede de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, después asumida, con los matices pertinentes por distintos tribunales nacionales e internacionales.

La dificultad que presenta el análisis del ‘discurso del odio’ no es ya que cada Estado haya legislado de diferente manera en torno a la cuestión o que las disposiciones internacionales no lo aborden de manera unitaria (Weber, 2009, 7-17 y 64 y ss.), haciendo así difícil ofrecer un concepto preciso, sino que claramente el concepto se ha separado del original procedente de Estados Unidos aplicado exclusivamente los ataques por razón de raza o religión y con la exigencia de presentar un riesgo de violencia claro e inmediato. Con posteridad, particularmente en Europa, las categorías susceptibles de entrar en esas categorías se han abierto y, con frecuencia, deja de considerarse necesaria la concurrencia de riesgo actual para los afectados. Esa apertura a otras categorías resulta congruente teniendo en cuenta que hoy existen otros colectivos que pueden ser destinatarios claros de mensajes de odio, más discutible puede resultar la eliminación del factor riesgo, si bien es evidente que este factor resulta más difícil de calibrar. Un supuesto específico de nuevos riesgos lo constituye la provocación para cometer actos de terrorismo, en la Unión Europea abordado por la Directiva 2017/541/UE.

Por lo que se refiere a España, se considera ‘discurso del odio’ cualquier ataque a grupos o personas por cualquier motivo y sin necesidad de que provoque violencia hacia las personas afectadas por parte de otras, sin que se precise del requisito de ‘peligro inmediato’ (art. 510 Código Penal). No obstante, sería conveniente distinguir aquellos discursos hirientes, ofensivos, de mal gusto –también, en su caso, censurables por el ordenamiento, aunque fuera civilmente– de aquellos otros que buscan y son susceptibles de provocar una respuesta violenta por parte de los

receptores del discurso, es decir lo que en sentido estricto habría de calificar como ‘discurso del odio’.

El Tribunal Constitucional español se ha referido a esas cuestiones en diferentes ocasiones, afirmando la posibilidad de limitar el derecho a la libertad de expresión cuando se trate de “manifestaciones que alienen la violencia”, puntualizando que, para determinar si una determinada manifestación incurre o no en delito del odio, habrá de dilucidarse “si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (SSTC 177/2015, 111/2016). En otro sentido destaca la necesidad, en línea con la doctrina del TEDH, de analizar la proporcionalidad de las sanciones penales previstas, como llevó a cabo en la STC 235/2007, en la que analizaba la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que le llevó a manifestar que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”, lo cual llevó en ese caso a estimar la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia del elemento de incitación en su tipificación. De esta forma el Tribunal Constitucional incide en la clásica concepción de exigencia de incitación a la violencia y no la mera expresión condenable, si bien de esta forma se apartaba de la regulación de parte de los Estados europeos especialmente beligerantes con la negación del holocausto.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional es tajante al expresar que las expresiones llamadas a incitar actos terroristas no pueden ampararse bajo el ejercicio de la libertad de expresión, conforme también a normativa europea. En este sentido considera que las expresiones de odio basadas en la intolerancia, aquellas manifestadas a través de un nacionalismo agresivo o con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros

individuos quedan fuera de la protección de la libertad de expresión, si bien al analizar los hechos habrán de tenerse en cuenta factores como si las expresiones se vertieron en un acto público, la repercusión del acto o la publicación. A su vez aclara que “incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta” (STC 112/2016).

El Tribunal Constitucional ha manifestado que a la hora de analizar la posible condena de un discurso calificado como de odio es preciso tener presente la doctrina del TEDH (STC 35/2020), conforme a la cual gozarán de protección también aquellas expresiones que puedan herir, chocar o inquietar, de manera que todo individuo que se somete a un debate público de interés general puede recurrir a un acierta dosis de exageración, o de provocación³¹. Esa interpretación amplia de la libertad de expresión por parte del TEDH tendría uno de sus límites en los supuestos que alcanzaran la calificación de ‘discurso del odio’ para lo cual habrían de tomarse en consideración, primero, el alcance del acto, en el sentido de su capacidad para producir consecuencias; segundo, si existe una llamada directa o indirecta a la violencia o si se justifica esta, el odio o la intolerancia; por último, el entorno social y político, analizando el conjunto de circunstancias y la interrelación entre ellas³². El TEDH precisa que para apreciar la existencia de discurso del odio no es necesario que exista una apelación directa a la violencia sino que basta con que existan ataques verbales serios contra los grupos afectados que sean susceptibles de poner en riesgo su seguridad y la paz social³³, mientras que, en sentido contrario, por muy ofensivas que puedan ser, si no incitan a la violencia ni al odio no entrará en aquella consideración, aunque a su vez estime conveniente omitir expresiones que puedan resultar ofensivas para otros, en particular las que afecten a las creencias religiosas³⁴.

31 Asunto *Mamère*, § 25

32 Casos *Perinçek c. Suiza*, STEDH de 15 de octubre de 2015, o *Vejdeland y otros c. Suecia*, STEDH de 9 de febrero de 2012.

33 En este sentido, asunto *Féret c. Bélgica*, STEDH de 16 de julio de 2009.

34 Asunto *Nur Radyo ve Televizyon Yayincılığı a.ş. c. Turquía*, STEDH de 27 de noviembre de 2007.

El TEDH ha puesto de relieve el papel multiplicador de Internet en los casos de delitos de odio y ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estos delitos en relación con la orientación sexual. El TEDH destaca el potencial de los comentarios en Internet, así como el peligro que pueden representar, especialmente cuando se publican en sitios populares en la red, como ciertas redes sociales, de forma que ese potencial impacto habrá de ser un factor a tener en cuenta, de tal manera que, según se desprende de la sentencia, habrá de tomarse en consideración si el comentario se aloja en una red social o en otro sitio *web* que resulte popular, si se trata de una cuenta abierta o no, o, en su caso, del número de seguidores, como al propio contenido del mensaje. De modo que el análisis de esos factores puede conducir a reconocer una llamada a la violencia en contra de los directamente afectados y de la comunidad homosexual en general³⁵.

La importancia de Internet para la difusión del discurso del odio resulta innegable, como hacen patentes numerosos ejemplos de crímenes auspiciados por la difusión de mensajes de odio y de un acceso a ellos sin necesidad de salir de casa, lo cual facilita la captación de personas. Es por ello también que para la investigación de los delitos de terrorismo o cometidos a través de instrumentos informáticos se facilita el acceso a las comunicaciones o el acceso remoto a instrumentos informáticos (En España, LECrim arts. 588 ter a y 588 septies a), práctica amparada por el TEDH³⁶.

751

Por último, a la hora de invocar la doctrina del TEDH hay que subrayar un rasgo distintivo cuando analiza excesos en la libertad de expresión que considera especialmente vulneradores de derechos fundamentales y de la dignidad humana, este rasgo consiste en que estos casos no son analizados al amparo del art. 10 CEDH (libertad de expresión), con ponderación de otros derechos o intereses implicados, sino del art. 17 CEDH, el cual proscribe el abuso de derechos, si bien ha aclarado que esa invocación del

35 En el caso analizado se hacía una llamada indiscriminada a la violencia en contra de la comunidad homosexual. Asunto *Beizaras y Levickas c. Lituania*, S. de 14 de enero de 2020.

36 Asunto *K.U. c. Finlandia*, STEDH de 2 de diciembre de 2008.

art. 17 CEDH solo se efectuará cuando sea patente que se ha utilizado la libertad de información para fines manifiestamente contrarios al CEDH³⁷ (Tulkens, 2012, 3-9). Esa posibilidad, dada su gravedad, la ha ejercido con mesura, pero cuenta con relevantes ejemplos como el de los conocidos casos *Garaudy c. Francia* o *Chauvy c. Francia*³⁸, en los que estas personas se mostraban revisionistas al referirse, respectivamente, al holocausto judío y a la resistencia francesa, con desprecio a las víctimas y a la historia.

3.2. *Fake news*

Por lo que se refiere a las *fake news*, es evidente que noticias falsas, bulos... han existido siempre, la diferencia es que ahora gracias a Internet pueden alcanzar unas dimensiones antes desconocidas, a lo que se suma que la existencia de agentes dedicados a ‘fabricar’ *fake news*, especialmente con propósitos políticos o económicos.

Habitualmente las *fake news* circulan al margen de la ‘prensa seria’, y en aquellos casos en los que un medio serio publica una noticia falsa tiende a corregirla en cuanto tiene conocimiento de su falsedad, pero en ocasiones la línea no es tan fácil de distinguir, ya sea porque medios supuestamente serios apuesten por ese tipo de noticias o porque algunas *fake news* involuntariamente sean acogidos por medios serios, o también porque noticias ciertas, tergiversadas o sacadas de contexto, puedan dar lugar a *fake news*. Sin embargo, no cualquier información incorrecta puede calificarse como *fake news*, sino que conviene reservar el calificativo para aquella información con un propósito político, social o cultural que trasciende a la propia información, es decir noticias falsas intencionadas con el propósito de lograr una finalidad: desprestigiar al contrario, conseguir votos... (ZIMDARS, 2020, 2), sin perjuicio de que posteriores divulgadores de la noticia no compartan esa finalidad o que efectivamente crean en la ‘verdad’ de la misma, lo que ha llevado a algunos autores a

³⁷ Asunto *Perinçek c. Suiza*, S. de 15 de octubre de 2015.

³⁸ SSTEDH de 24 de junio de 2003 y de 29 de junio de 2004, respectivamente. Otros asuntos en los que ha recurrido al art. 17 han sido caso *Lehideux e Isorni c. Francia*, S. de 23 de septiembre de 1998; caso *Witzsch c. Alemania*, S. de 13 de diciembre de 2005; o *Pavel Ivanov c. Rusia*, S. de 20 febrero de 2007.

distinguir entre distintos tipos de agentes en virtud de su grado de implicación (AZZIMOTI y FERNANDES, 2018, 4).

A la facilidad de difusión que otorga Internet, la expansión de las *fake news* se ve igualmente favorecida por el descrédito de la prensa ‘seria’. En general, la prensa ha disminuido su prestigio (MCCLENNEN, 318), en parte por algunos escándalos protagonizados por vulnerar la ética periodística o por la insuficiencia de control de algunos contenidos, en parte por una pérdida de rigor de carácter generalizado, en alguna medida vinculada al descenso de ventas de la prensa escrita o a la pérdida de la publicidad (que también afecta a otros medios), fenómenos estos últimos propiciados, a su vez, por la irrupción de las noticias en Internet y los nuevos usos que esto ha provocado.

En esa marginación de la prensa, cabe apreciar como en bastantes ocasiones los políticos, en particular, los populistas, prefieren ser ellos directamente quienes viertan noticias a través de redes sociales, convirtiéndose ellos mismos en difusores de *fake news*. No hace falta un gran esfuerzo imaginativo para pensar en Trump como ejemplo de esa deplorable práctica, pero seguramente todos encontraremos ejemplos más cercanos.

753

En la difusión de las noticias falsas entran en juego las redes sociales y la mensajería instantánea, las cuales resultan cruciales en un doble sentido: por una parte, los nuevos medios multiplican los estímulos y nos conducen a una lectura más superficial y, a la vez, se ha estudiado la preferencia por las noticias amables o las impactantes ‘de fácil digestión’, lo que facilita la difusión de mensajes cortos que puedan causar esa impresión; por otra parte, los gestores de las redes se muestran reticentes a ejercer un control serio sobre ese tipo de contenidos, no tanto por una férrea defensa de la libertad de expresión, sino por el motivo más materialista de que las redes se nutren de publicidad y la profusa difusión de esos mensajes impactantes genera significativos ingresos. Como decimos en España, la situación se convierte en “la pescadilla que se muerde la cola”.

En Europa, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las *fake news* en el asunto *Sallusti c. Italia* (STEDH 7/3/2019), en el cual se analiza el impacto de unas noticias falsas, que perjudicaban seriamente el honor y

la privacidad de una persona, a pesar de que el día anterior a su publicación se habían efectuado unas aclaraciones en torno al asunto tratado. Al analizar el caso el Tribunal toma en consideración la postura del periodista, el cual no había cumplido con el deber de ética profesional, contrastando la veracidad de la noticia. Junto a esa falta de diligencia del responsable directo de la noticia, el TEDH remarca que el director de una publicación no puede estar exento de ejercer un control sobre los artículos que se publican, lo que implica responsabilidad sobre su contenido. En consecuencia, cabe afirmar que el TEDH lleva al terreno de las *fake news* su asentada doctrina sobre la libertad de expresión en el marco de la prensa³⁹. No obstante, a la hora de dictar el fallo –al igual que en otros supuestos de alegación de vulneración del art. 10 CEDH– el TEDH tiene en cuenta el grado de la pena impuesta, de tal manera que, incluso apreciando un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión ha podido apreciar vulneración del derecho cuando la pena impuesta se reputa excesiva a la luz del conjunto de factores, en particular en aquellos supuestos en los que esa pena consista en una privación de libertad, considerada admisible solo en caso de vulneraciones especialmente graves.

La Unión Europea, por su parte, intenta proteger frente a contenido ilícitos en las redes a través de distintos medios desde una variedad de normativa *hard law* a diferentes medidas de *soft law* que procuran no solo garantizar los derechos potencialmente vulnerados, sino ofrecer unas pautas para empresas y usuarios que faciliten las garantías generales y la defensa de los propios intereses. En particular a través de tecnologías de detección automática y filtrado, si bien se han conseguido importantes mejoras, las peculiaridades del medio dificultan una mayor y mejor erradicación de los riesgos.

4. Derecho al olvido

El riesgo añadido al uso de Internet es que los datos permanecen en el tiempo y el acceso a esos datos se ve facilitado por los motores de

39 Entre otras, Asuntos *Ricci c. Italia*, STEDH de 8 de octubre de 2013; *Bladet Tromsø y Stenseas c. Noruega*, S. de 20 de mayo de 1999; *McVicar c. Reino Unido*, S. de 7 de mayo de 2002.

búsqueda, de modo que lo que antes podía requerir un tiempo considerable y el acceso a lugares especializados, hoy en día puede lograrse en minutos y sin salir de casa. Simplificación en la búsqueda que afecta, por ejemplo, a las informaciones almacenadas en las hemerotecas de los periódicos. Como bien ha afirmado el TJUE, “Internet es una red mundial sin fronteras y los motores de búsqueda confieren carácter ubicuo a la información y a los enlaces contenidos en una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona física”⁴⁰; y la función de un motor de búsqueda “consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado”⁴¹, habiendo de considerarse esa actividad como ‘tratamiento de datos’, del cual el gestor del motor de búsqueda sería el responsable, lo que, a su vez, significa que entra en juego otro derecho fundamental más.

Esa ventaja para recabar información tiene, no obstante, su contrapartida en que los datos que aparecen no tienen fecha de caducidad y ese retorno constante puede suponer inconvenientes más o menos graves para los afectados, en particular si las circunstancias han cambiado.

755

De esa necesidad de poner límites surge lo que ha pasado a denominarse como ‘derecho al olvido’, el cual tuvo su origen en la conocida STJUE del asunto *Google Spain/Costeja*⁴². En esa sentencia se señalaba la responsabilidad del gestor del motor de búsqueda, a pesar de no ser el origen de unos datos, pues procedían de un tercero (la hemeroteca digital

40 Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de mayo de 2014, *Google Spain y Google*, C131/12, § 80, y de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen e Ilsjan*, C194/16, § 48. C-507/17, asunto Google LLC/CNIL, STJUE de 24 de septiembre de 2019.

41 STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto *Google Spain*, C131/12, § 41, después repetido en otras sentencias.

42 STJUE de 13 de mayo de 2014, *Google Spain y Google*, C131/12. En ella se puntualiza que “se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro” (§ 60)

de un diario), sino solo del tratamiento correspondiente, al interpretar el TJUE que esa actividad había de calificarse como ‘tratamiento de datos personales’ y, en consecuencia, el gestor queda sometido a la regulación propia de los ‘responsables’ de ese tipo de tratamiento. En la sentencia se aprecia el riesgo que supone ese dato pasado y ya irrelevante desde el punto de vista de la información, esa ‘reaparición’ constante de información por la acción del motor de búsqueda que deviene nociva para la persona afectada. Por esa afectación perjudicial se obliga a adoptar medidas para eliminar (o postergar) la indexación de esas noticias o datos que han dejado de ser relevantes. Sin embargo, el TJUE precisa que la eliminación de los datos no será automática, sino que se procederá a valorar el conjunto de factores que confluye en cada caso, desde la relevancia de la noticia a la situación del afectado, así como los distintos derechos e intereses en juego. Esta sentencia supuso, sin duda, un antes y un después en los motores de búsqueda y en el tratamiento de datos que estos ejercen.

756

El TJUE se ha pronunciado después sobre otros casos relacionados con estas cuestiones, lo que le ha permitido matizar su doctrina, así, en la Sentencia del asunto *GC y otros/CNIL*⁴³ destaca que la prohibición de tratar determinadas categorías de datos personales sensibles se aplica también a los gestores de los motores de búsqueda. En ella se puntualiza que, a partir de la fecha en que una persona presente una solicitud de retirada de enlaces, ya no consiente el tratamiento de sus datos efectuado por el gestor del motor de búsqueda y será a partir de dicha fecha cuando el gestor deberá analizar si, en efecto, se produce una injerencia grave de los derechos del peticionario a la luz de todos los elementos disponibles, pero, a la vez, considerar si pueden verse vulnerados, en caso de retirada del enlace, derechos de terceros como pueda ser la libertad de información, destacando, a su vez, el importante papel de medios de comunicación y su función en la creación de una opinión pública libre. Es decir, el gestor deberá realizar una ponderación de los bienes en conflicto similar a la que efectúan los jueces, eso sí sin que ello reste la posibilidad de control por parte del

43 C-136/17, STJUE *GC y otros/Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, de 24 de septiembre de 2019. Véanse en particular §§§ 62,68 y 76.

órgano especializado en la protección de datos y, en su caso, del control judicial en caso de desacuerdo con la opción adoptada por el gestor.

Este ‘derecho al olvido’ se subsume como una de las posibilidades del derecho de supresión recogido en el art. 17 del Reglamento 2016/679 de protección de datos⁴⁴, si bien entre las excepciones menciona expresamente la libertad de expresión e información, por lo que cuando concurra esa circunstancia habrá de procederse a un examen individualizado.

El derecho al olvido también parece tener cabida en la opinión del TEDH, aun antes que el TJUE (si bien sin afectar a buscadores), pues sí ha reconocido la conveniencia de no publicar datos, incluso previamente publicados, cuando ya no afecten a un debate público de general importancia o, de manera más clara, proscribiendo que se recojan en archivos digitales referencias ya juzgadas como libelos⁴⁵.

Las soluciones anteriores no eliminan otro significativo problema, el del alcance territorial de la retirada de enlaces: en este sentido la Unión Europea se ha pronunciado siempre por que las medidas alcancen al conjunto del territorio de la Unión, para ello se basa en el interés de la Unión en obtener una protección homogénea y fuerte de esos derechos (aunque también de lograr así garantías para la libre circulación de datos), de lo que es prueba la aprobación del Reglamento 2016/679 de protección de datos, ya citado, es decir de una disposición que se impone de manera directa a todos los Estados, frente a la anterior regulación contenida en directivas, si bien el TJUE reconoce que caben supuestos en los que el interés público de acceder a una información varíe de Estado a Estado, dentro del margen permitido por el Reglamento citado, lo que podría llevar, en ocasiones, a diversificar el alcance de las medidas a adoptar en función de distintos países⁴⁶.

44 En España, el desarrollo de ese Reglamento se encuentra en el art. 93 (Derecho al olvido en búsquedas en Internet) de la L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

45 Asuntos *Aleksey Ovchinnikov v. Rusia*, STEDH 16712/2002 y *Times Newspapers Ltd c. Reino Unido*, STEDH de 10 de marzo de 2009.

46 En este sentido, Asunto C507/17.

5. Conclusiones

Puede decirse que uno de los retos actuales es la redefinición de la información y de su financiación, pues es evidente que, sin contar con una financiación suficiente, difícilmente puede realizarse un periodismo que responda a las exigencias de la veracidad exigible a este derecho.

Resulta difícil cuando nos enfrentamos a las nuevas tecnologías determinar ante qué derecho estamos, y frecuentemente serán varios los derechos afectados o potencialmente afectados, lo que obviamente dificulta la labor de los operadores jurídicos, en particular del juez.

A ello se unen otras dificultades, como el hecho de que en buena parte de los casos se trata de relaciones entre particulares, lo que significa que el grado de exigencia puede matizarse o que necesita de mediación por parte del legislador. O también, la evidencia de que las clásicas reglas de ponderación de derechos adquieren nuevas aristas para las que no bastan los criterios interpretativos previos.

758

La cautela por parte de los usuarios y la aplicación de buenas prácticas por buscadores, almacenadores de contenidos, redes, etc., y la rápida respuesta por su parte cuando se detecte una práctica ilegal o inapropiada constituyen un primer remedio; el segundo radicaría en unos organismos de garantía rápidos y eficaces, en primer lugar, organismos de protección específicos (como las agencias de protección de datos) y, en última instancia, las garantías jurisdiccionales, sin olvidar que los legisladores (nacionales y supranacionales) deberán proporcionar los instrumentos jurídicos necesarios para dar cobertura a esas garantías.

Dada la novedad de las nuevas técnicas y de su rápido desarrollo será en los próximos años cuando puedan analizarse las tendencias con una mayor certidumbre.

Con todo, si aquí nos hemos centrado en los excesos de la libertad de expresión y su efecto multiplicador a través de Internet, conviene no olvidar que Internet es, o puede ser también, un agente facilitador de la citada libertad en sentido amplio, y ayudar a la creación de una opinión pública.

Por este motivo, hay que hacer un alegato a favor de Internet y en contra de los intentos de distintos poderes de restringirlo (JOYCE, 2015).



Bibliografía

1. AZZIMONTI, Marina y FERNANDES, Marcos: “Social media networks, fake news, and polarization”, en *NBER WORKING PAPER SERIES*, Working Paper 24462, 2018, <http://www.nber.org/papers/w24462>.
2. JOYCE, Daniel: “Internet freedom and human rights”, *JMWP* 03/15, www.JeanMonnetProgram.org.
3. KOLTAY, András: *New Media and freedom of expression. Rethinking the constitutional foundations of the public sphere*. Hart, Oxford, 2019.
4. McCLENNEN, Sophia A.: “All ‘fake news’ is not equal”, en ZIMDARS, Melissa KEMBREW, McLeod, (eds.): *Fake News: Understanding Media and Misinformation in the Digital Age*. The MIT Press, 2020, DOI: <https://doi-org.biblioteca5.uc3m.es/10.7551/mitpress/11807.001.0001>.
5. PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXX, Número 276, Enero-Abril 2020 <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.276-2.75186>.
6. TULKENS, François: “When to say is to do freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights”, en *Seminar on human rights for European Judicial Trainers*. 2012.
7. http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/ECtHR%20for%20EU%20Judicial%20Trainers/ECHR_and_Hate_Speech_Plan_and_Case_Law_2013_Tulkens.pdf.
8. WEBER, WEBER, Anne: *Manual on hate speech*, Council of Europe Publishing, 2009.
9. ZIMDARS, Melissa: “Introduction”, en ZIMDARS, Melissa KEMBREW, McLeod, (eds.): *Fake News: Understanding Media and Misinformation in the Digital Age*. The MIT Press, 2020, DOI: <https://doi-org.biblioteca5.uc3m.es/10.7551/mitpress/11807.001.0001>.

O papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos sociais no Brasil

✍ ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA* / GUSTAVO BUSS**

1. Introdução

A questão da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário no Brasil tem suscitado críticas especialmente centradas na identificação de um “ativismo judicial” que ganhou sentido majoritariamente pejorativo, denotando um suposto movimento de intervenção excessivo sobre a condução de temas precipuamente políticos. Dessa forma, duas objeções principais são levantadas, quais sejam: a ausência de legitimidade democrática para se envolver em questões orçamentárias e de definição de políticas públicas discricionárias; e a consequente violação ao princípio da separação dos poderes ocasionada por esta concentração do poder decisório sob um único braço do Estado.

Pretende-se, assim, no presente artigo, enfrentar os óbices impostos à realização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, tensionando os valores clássicos de uma jurisdição constitucional que necessita abertura a um ativismo judicial comprometido com os valores

761

* Professora da graduação e da pós-graduação da UFPR. Mestre e Doutora em Direito pela PUCPR. Co-chair do ICON-S Brasil. Vice-presidente da AIBDAC - Associação Ítalo-Brasileira de Direito Administrativo e Constitucional. Professora pesquisadora do CCons – Centro de Estudos da Constituição da UFPR <http://lattes.cnpq.br/7537205951629432> <https://orcid.org/0000-0002-9829-5366>.

** Mestrando em Direitos Humanos na UFPR. Pesquisador do CCons (Centro de Estudos da Constituição) da UFPR <http://lattes.cnpq.br/7303168137167799> <https://orcid.org/0000-0002-4808-7905>.

substantivos inscritos na Constituição. Mesmo no Brasil, onde os recursos econômicos e financeiros são escassos, a intervenção positiva e ativa para tutela dos direitos sociais não pode ser simplesmente obstada pela remissão ao princípio da separação de poderes ou mesmo ao princípio democrático, pois só será possível pensar em um processo democrático verdadeiramente “justo” se efetivado entre cidadãos livres e iguais, posição inalcançável sem a prévia garantia de direitos sociais básicos.

Dessa forma, o que se afirma é a posição privilegiada ocupada pelo Poder Judiciário na instauração de um fórum deliberativo comprometido com os valores constitucionais, denotando seu valor democrático assente, capaz de sobressaltar à própria deliberação política, muitas vezes comprometida com disputas de poder que ignoram as posições básicas que pela Constituição não poderiam ser menosprezadas. No curso do artigo, serão apresentados alguns casos relacionados ao controle de políticas públicas pelas Cortes Superiores brasileiras, demonstrando o movimento concreto de mobilização da jurisdição constitucional em torno da efetivação de direitos sociais que se colocam como garantias intransponíveis no texto constitucional.

762

2. Óbices à Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil

Ainda que seja indiscutível que a Constituição Brasileira de 1988 devota artigo especificamente destinado à tutela dos direitos ditos sociais dentro do Título “dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a polêmica sobre a sua efetividade persistiu, porquanto a doutrina tradicional os via “não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais” (SILVA, 1999, p. 151). Se formalmente se colocavam em um patamar de jusfundamentalidade, eram restritas as possibilidades de remédio capazes de tornar efetiva a tutela dispendida aos direitos sociais, pois não sendo normas programáticas e de organização, sua afirmação enquanto simples garantia institucional (CANOTILHO, 2000, p. 444–445) não lograva criar uma exigência de implementação substancialmente justificável.

Não obstante, a doutrina mais recente reconhece que a Constituição deve ser dotada de eficácia particularmente acentuada, já não mais

sendo admissível que seja vista “como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos” (BARROSO, 2008, p. 266). A jurisdição constitucional avança, nesse sentido, para um modelo com maior fechamento hermenêutico e rigor técnico-científico, reconhecendo a natureza eminentemente vinculante de seus preceitos, em particular ao sistema dos direitos jusfundamentais, dentre os quais expressamente incluídos os direitos sociais, interpretados enquanto legítimos direitos subjetivos públicos (SARLET, 1999).

Na medida em que se logra afirmar a eficácia plena dos dispositivos constitucionais, não mais se admitindo que garantias expressas se tornem simples letra morta, permanece relevante a distinção realizada quanto à natureza dos direitos fundamentais para que se compreendam os desdobramentos sobre o grau de efetividade que assumem. Assim, eles podem ser doutrinariamente divididos em direitos de defesa e prestacionais, bem como em direitos individuais e coletivos. Entretanto, tal divisão não é estanque, não sendo possível afirmar que existam direitos singularmente negativos ou positivos (SUNSTEIN, 2004) e nem tampouco serve à categorização dos direitos em si, mas, antes, revela as diferentes feições que cada direito pode legitimamente assumir (SARLET & FIGUEIREDO, 2007, p. 199).

763

A controvérsia quanto à efetividade dos direitos sociais se dá não só quando eles impõem um papel negativo ao Estado, mas, principalmente, quando, impõem a este uma prestação positiva. Nesse sentido, inclusive, cunhou-se a principal distinção doutrinária quanto à efetividade de direitos cuja fundamentalidade se assenta no texto constitucional, já que possível uma distinção geracional. Enquanto os direitos sociais de defesa, (de cunho negativo)¹ independeriam, para sua efetivação, de circunstâncias econômicas, os direitos sociais a prestações (de cunho positivo) exigiram, para sua efetiva realização, o dispêndio de recursos, “dependendo, em última análise, da conjuntura econômica” (SARLET, 1999, p. 109).

1 Exemplo clássico de direito social de defesa (de cunho negativo) é o direito de greve previsto no art. 9º da Constituição Brasileira, cabendo ao Estado apenas a função de abster-se de reprimir e punir os que exercem referido direito.

Vale aqui registrar que os direitos sociais em sua feição defensiva e negativa, “por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente” (SARLET, 1999, p. 115), não serão a preocupação maior deste artigo. Ao contrário, pretende-se devotar maior atenção aos direitos sociais em sua dimensão prestacional, que adquirem implicações econômicas ao exigirem uma atuação positiva do Estado, com consequente dispêndio orçamentário para edificação de políticas públicas compreensivas, dificultando a imediata efetivação sem o intermédio dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na medida em que se exige do Estado um agir positivo, não mais adstrito à mera abstenção característica dos direitos de cunho defensivo, há natural preocupação acerca da disponibilidade orçamentária para sua implementação, razão pela qual os direitos sociais prestacionais sofreram, logo, limitação pela construção dogmática da “reserva do possível”. Em tradução simples, tal garantia consolida a ideia de que “há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais –que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária–, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais” (WANG, 2008).

A questão da limitação financeira e orçamentária não se coloca a nível simplesmente pragmático, enquanto constatação de um impeditivo fático para a implementação de direitos sociais que, sem adequado investimento monetário, não poderão alcançar efetividade. Umbilicalmente atrelada a tal dimensão surge o imperativo da competência atribuída aos poderes constituídos para condução discricionária dessas políticas públicas, “aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas econômicas, sociais e culturais ou para sua implementação” (VIEIRA DE ANDRADE, 2001, p. 186–187).

Essa posição lança as bases para a afirmação da tensão existente entre um ativismo judicial centrado na efetivação de direitos sociais tutelados constitucionalmente e a consolidação do princípio da separação de

poderes², na medida em que se estaria atribuindo ao Poder Judiciário uma competência regulatória e mesmo decisória que alcançaria a própria conformação de políticas públicas, atividade supostamente exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, o que se pretende é justamente evidenciar que o discurso não é tão simples como se faz parecer, razão pela qual se apresentarão argumentos que demonstram que a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário, na ausência de implementação dos direitos sociais pelos poderes eleitos, por meio de um ativismo judicial de interpretação substantiva que é compatível com uma jurisdição constitucional verdadeiramente comprometida com a integridade hermenêutica de suas disposições jusfundamentais.

Muitas vezes, o problema do custo é enunciado como sendo exclusivamente dos direitos ditos sociais, por exigirem uma concreta prestação estatal, enquanto os direitos de defesa se colocariam no campo da neutralidade econômica. No entanto, é imperativo destacar que “tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas” (PIOVESAN, 2003, p. 245) e que, por conseguinte, a implementação desses direitos supostamente defensivos, também demandam um custo alto do aparato estatal para estruturação de seus sistemas de implementação, sem que por isso deixem de ser realizados.

765

Ainda que existam direitos fundamentais cujo dispositivo primário se dirija a uma abstenção estatal ou não intervenção sobre o exercício de liberdades, é indispensável o reconhecimento de que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los” (AMARAL, 2001, p. 73). Não por outra razão, nos Estados Unidos, se avançou de forma significativa para afirmação dos custos atrelados a estes direitos supostamente negativos,

2 A propósito, não se pode olvidar que a separação de poderes na América, na forma descrita pelos *federalists*, não significa “que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro”, sob pena de subversão da democracia, a qual pressupõe não só uma independência entre os poderes, mas também o controle de um pelo outro, não se cogitando a possibilidade de atuação ilimitada de um dos Poderes (Krell, 2002, p. 89).

ou de liberdade, mas que acabam por pressupor ou exigir a construção de mecanismos e aparatos estatais que são onerosos aos cofres públicos (HOLMES & SUNSTEIN, 2000, p. 73–74).

Dessa forma, a tentativa simplista de exclusão dos direitos sociais do campo de análise do Poder Judiciário não se sustenta, conquanto baseada em uma premissa equivocada de que seriam eles os únicos direitos com reflexo orçamentário e financeiro a impedir uma concreta efetivação. Afora as questões acima levantadas, a barreira da “reserva do possível” funciona também como um óbice à legitimação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, já que “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos” (SOUZA NETO, 2003, p. 44), o que levaria à conclusão de que a tomada de políticas públicas não poderia ser feita por um Poder não eleito, mas tão-somente pelo Executivo e Legislativo, que, por sua vez, ostentariam bases legítimas e democráticas.

766

Entretanto, conquanto reste apenas a crítica tecida à abertura política que o Judiciário assumiria ao intervir sobre matéria afeta a políticas públicas, é notória a contribuição de Roberto Romboli no sentido de naturalizar esta feição política da Corte Constitucional, igualmente observada no contexto italiano: “*Con riguardo alla scelta, e poi alla realizzazione, del modello di giustizia costituzionale, l’esperienza italiana mostra in effetti alcuni elementi caratteristici che hanno inciso sul tema in discorso, sia sul versante della natura politica o giurisdizionale del Giudice costituzionale, sia sulla valorizzazione, da parte di quest’ultimo, del potere interpretativo, quindi inevitabilmente creativo, del giudice comune*” (ROMBOLI, 2016, p. 518).

Não perdendo de vista a disparidade social presente no Brasil, onde a grande maioria dos direitos sociais está longe de ser usufruída pela população, deve-se questionar quem, então, ostentaria legitimidade para “definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas, em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos” (KRELL, 2002, p. 53), principalmente quando os recursos não restarem corretamente destinados nos termos em que a própria Constituição exige. É certo que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo a competência de disposição sobre políticas públicas. Entretanto, o que se

defende é que, na inércia inconstitucional destes Poderes, é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos busquem reivindicar a posição subjetiva a que ostentariam direito.

3. Entre Ativismo Judicial e Deferência

Quando se afirma a plena justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, não se afasta a necessária ponderação quanto aos limites da harmonização entre as competências constitucionalmente estabelecidas a cada poder na condução da vida pública. Ao contrário, apenas se estabelece que nenhum Poder está excluído da tarefa de efetivação das disposições jusfundamentais, sendo possível a manutenção de um equilíbrio entre os poderes, que protege a Constituição, mas também resguarda espaços de deferência ao legislativo e executivo sempre que se coloque como caminho suficiente à efetivação da prestação jurisdicional. Dessa forma, *“il legislatore viene quindi sollecitato ad intervenire per la realizzazione del ‘principio’ indicato, restando libero di scegliere quando e come farlo, nella consapevolezza però che la sua inerzia significherebbe sostanziale avallo a che la scelta sia operata a livello giurisprudenziale, caso per caso. A seguito di quanto osservato ci si è chiesti se, al di là delle finalità con cui le additive di principio sono state pensate, esse abbiano rappresentato di fatto un maggiore rispetto delle scelte discrezionali del legislatore oppure, al contrario, un sostanziale ampliamento del potere interpretativo e ‘creativo’ dei giudici, vedendo una qualche contraddizione nella affermazione per cui la Corte, per il rispetto della discrezionalità del legislatore, non potrebbe fare una decisione autoapplicativa attraverso la specificazione del ‘principio’, mentre alla stessa operazione sarebbe legittimato il giudice”* (ROMBOLI, 2016, p. 521).

A imposição de freios e contrapesos (*checks and balances*), conquanto modelo que busca regular a interação entre os Poderes constituídos, não pode remover por completo uma relevante parcela do ordenamento constitucional da concreta apreciação pelo Judiciário, sob pena de que, mantendo-se uma estrita e absoluta separação de poderes, se mantenha um Judiciário “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados” (CAPPELLETTI, 1999, p. 53). O fortalecimento do Poder

Judiciário é um imperativo indissociável do Estado Democrático de Direito, na medida em que se coloca como um mecanismo de controle e fiscalização sobre a atuação dos demais, garantindo que mesmo dentro dos espaços de discricionariedade, o compromisso constitucional mínimo seja sempre assegurado.

A questão orçamentária, em que pese relevante, não pode ser colocada de forma a obstar a própria efetivação dos direitos sociais que já estão constitucionalmente delineados, sob um sistema rígido que demanda investimentos mínimos e prestações materiais concretas e inafastáveis (KRELL, 2002, p. 54). Para além disso, é de se ter atenção que a inefetividade em relação às prestações sociais adequadas tem sido uma das causas da fragilidade democrática (FUKUYAMA, 2015, p. 15).

768

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, entendeu que “a cláusula da ‘reserva do possível’, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (*ADPF nº 45*, 2004).

Ainda que a alocação de recursos públicos seja um tema importante a demandar atenção e exigir um sistema rígido e cauteloso de políticas públicas, isso não significa dizer que o Poder Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos, especialmente enquanto fiscal e controlador desses sistemas que podem se apresentar falhos ou insuficientes. Veja-se, por exemplo, o direito à saúde e à educação, que possuem dimensão especial e farta densificação no texto constitucional brasileiro, razão pela qual “a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes, por parte dos municípios, dos estados e da União, deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais” (KRELL, 2002, p. 56).

Não por outra razão, a discussão é prolífica no campo do direito à saúde para densificação dos limites concretos atribuídos ao argumento

da ‘reserva do possível’, especialmente diante do contra-argumento do mínimo existencial enquanto baliza constitucional impositiva a ser respeitada pelo agente responsável pela construção e conformação das políticas públicas (SARLET & FIGUEIREDO, 2007). Da mesma forma, em análise recente acerca da tutela constitucional do direito à educação no Brasil, foi possível constatar a necessidade de efetiva fiscalização judicial sobre a edificação de políticas públicas não apenas para controle formal da dotação orçamentária mínima, mas para análise substantiva acerca da concretização dos direitos fundamentais sociais previstos no texto constitucional (BARBOZA & BUSS, 2020, p. 583).

Muitas forças políticas ainda lançam mão do argumento de que os direitos sociais cristalizam meras orientações gerais para a baliza dos Poderes constituídos, sem possibilidades concretas de remédio diante das omissões que, em verdade, representam uma recusa explícita e eloquente levar a cabo os compromissos elegidos pelos constituintes como prioritários. Dessa forma, a discricionariedade e a “reserva do possível” não podem se converter em óbice ao controle judicial, pois “se a própria Constituição traz exaustivos princípios e diretrizes a nortear a prestação de serviços públicos essenciais, trata-se de um elemento indispensável cuja fiscalização deve ser igualmente assegurada” (BARBOZA & BUSS, 2020, p. 583).

769

O Supremo Tribunal Federal (*AI nº 583.476*, 2010) já tem sedimentado o entendimento segundo o qual a omissão advinda da não concretização de garantias sociais incontornáveis no texto constitucional é inadmissível e admite uma intervenção positiva e ativa do Judiciário para garantia da posição subjetiva levada ao apreço da Corte. Nesse sentido, por exemplo, se enquadra a proteção conferida às crianças e adolescentes, que demandarão prestações positivas do Estado para assegurar direitos mínimos indispensáveis ao seu adequado desenvolvimento.³

3 Veja-se: “É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “fácere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, com absoluta prioridade,

Tal posição não é exclusiva ao sistema brasileiro, encontrando respaldo direto na experiência de jurisdição constitucional italiana, mormente naquele contexto também se teça importantes reflexões acerca do papel do Judiciário para intervenção quando a não-atuação Legislativa ou Executiva constitua verdadeira omissão inconstitucional. Nesse sentido: *“Nel primo caso, a meno di non vanificare il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l’esistenza di un diritto costituzionale. E’ quanto sembra verificarsi nel caso dei c.d. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell’esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il noto caso di Giorgio Welby oppure quello del riconoscimento del cognome materno, per il quale molto recentemente l’Italia è stata sanzionata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo)”* (ROMBOLI, 2013, p. 9).

A Suprema Corte brasileira, mesmo reconhecendo que não seja atribuição do Poder Judiciário a de se responsabilizar pela realização de políticas públicas e nem gerenciar o orçamento do Estado, admite que venha a exercer papel de controle, verificando quando a alegação de “reserva do possível” não se dá propriamente pela falta de recursos, mas sinaliza um emprego inadequado e inconstitucional das verbas diante de prioridades taxativamente estabelecidas. Portanto, lança-se alguma possibilidade de controle das escolhas dos poderes políticos pelo Poder Judiciário quando se vislumbre o descumprimento das normas constitucionais relativas aos direitos sociais, já que ao Estado não caberia “exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (AI nº 583.476, 2010).

o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (AI nº 583.476, 2010).

Posteriormente, a Corte veio a reafirmar seu posicionamento, consolidando a interpretação quanto à harmonização entre o princípio de separação de poderes e a garantia de controle a ser exercida pelo Judiciário sobre o exercício, mesmo discricionário, dos demais Poderes na formulação e condução de políticas públicas. Assim, quando se está diante da análise acerca da efetivação de compromissos sociais basilares inscritos na Carta Constitucional, ainda que dependentes de prestações, seria possível reconhecer a obrigação do Estado de fornecimento de abrigo a moradores de rua, condição mínima indispensável à afirmação da dignidade. Afirmou-se que “não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais” (*AgR-RE nº 634.643*, 2012).

Outras decisões parecem temperar os argumentos, ponderando a realização de políticas públicas pelos poderes políticos e a intromissão do Poder Judiciário, explicitando a necessidade de colaboração entre uma e outra esfera de decisão. Principalmente nos casos que determinam a proteção do direito à saúde, é comum o pleito de medicamento de valor muito elevado, não disponibilizados nos órgãos do Estado, muitas vezes para doenças raras, não aprovados pela Agência Nacional de Saúde ou ainda em fase de testes. Nesses contextos, o Juiz, em uma visão de microjustiça, concedendo o medicamento a um paciente, pode acabar causando desequilíbrio orçamentário capaz de afetar o próprio sistema de saúde como um todo.

Isso não significa, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal renuncie ao seu papel de fiscalizador e controlador em matéria de implementação dos direitos ditos sociais. Ao contrário, a limitação objetivamente colocada se destina apenas ao escopo daquilo que se considera o legítimo espaço de intervenção decisória do Judiciário, que deve também compreender e respeitar o espaço distinto que se refere à formulação de políticas públicas destinadas à edificação de um sistema integrado e capaz de lidar com as diferenças. Assim, “obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS (Sistema Único

de Saúde), de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada” (STA nº 175, 2010).⁴

A ideia é de que para efetivar políticas públicas mediante decisões judiciais é necessário que tais decisões atendam a um critério de fundamentação mínimo (com remissão a dados fáticos inclusive) e sejam coerentes. O impacto prático da decisão, portanto, é fator que no Brasil se leva em consideração, principalmente quando se trata de um direito social que exige prestação direta do Estado (diferente, por exemplo, do direito trabalhista, cujo “preço” recai primeiramente sobre o empregador). Ademais, em se tratando de direitos com dimensão simultaneamente individual e coletiva, a exigência imposta demanda que as dimensões sob estas duas perspectivas sejam confrontadas, para que a decisão não ameace, ainda que sob a pretensão de proteção de uma posição subjetiva individual, o sistema coletivamente edificado.

772

Assim é que, em matéria de direito previdenciário, o Supremo Tribunal Federal considerou válida a Emenda Constitucional que agravava as condições necessárias para a aposentadoria, em retrocesso, visando assegurar a viabilidade do equilíbrio econômico do sistema (RE nº 564.354, 2010). De outro lado, quando a prestação deve recair diretamente em particulares, ocorre ainda uma celeuma jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já determinou ser válida lei local que comandava a meia-entrada em locais de lazer para doadores de sangue, como forma de fomentar a prática e facilitar o acesso à cultura, ainda que em confronto com a livre iniciativa dos proprietários de estabelecimento de lazer, como cinemas e teatros (ADI nº 3512, 2006).

4 Cumpre adicionar excerto do julgado: “a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias” (STA nº 175, 2010).

Ainda que pareça simples, não se trata de um equacionamento fácil entre interesses individuais e coletivos, havendo grande espaço para embates quantos aos limites a serem impostos. Destarte, o Superior Tribunal de Justiça possui manifestação contrária à concessão de cadeiras gratuitas no transporte interestadual para idosos, considerando que as empresas proprietárias dos ônibus não estão obrigadas contratualmente a suportarem tal ônus (*AgR-SS nº 1404*, 2004). Ainda que tal hipótese tensione ao máximo o grau de efetividade conferido aos direitos sociais, pois atravessa a relação público-privada para buscar uma dimensão de eficácia diretamente sobre as relações privadas, é salutar apontar a busca por saídas atinentes à omissão legislativa como hipótese escusável de não implementação de dispositivos legais consagradores de direitos fundamentais de cunho social. Dessa forma, o STJ afirmou que “ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Diante da inexistência de legislação específica não há que se falar em eficácia do dispositivo legal” (*AgR-SS nº 1404*, 2004).

773

Essa intensificação da atividade jurisprudencial é necessária e decorre do fato de que, em geral, a legislação que trata dos direitos sociais se limita a estabelecer os princípios e objetivos gerais, deixando uma maior discricionariedade aos juízes na sua interpretação e efetivação, ocasionando um aumento do papel do Poder Judiciário no decorrer do século XX (Cappelletti, 1999, p. 42). No mesmo sentido, Roberto Romboli explica: “*un ampliamento dello spazio interpretativo del giudice deriva anche dall'utilizzo, da parte della Corte costituzionale, delle decisioni c.d. additive di principio, attraverso le quali viene dichiarata la incostituzionalità della norma impugnata, senza però procedere alla sua sostituzione con altra norma specifica, direttamente applicabile (come accade con le additive semplici), ma limitandosi ad indicare il principio costituzionale cui ispirarsi per procedere alla suddetta sostituzione o comunque per la soluzione del caso concreto*” (ROMBOLI, 2016, p. 520).

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, com a intrínseca revalorização do papel da jurisdição constitucional enquanto mecanismo principal de controle e efetivação das garantias colocadas no texto

constitucional implicam em uma crescente abertura à criação interpretação criativa do Poder Judiciário no mundo contemporâneo. Tal movimento acaba taxado de simples ativismo judicial e que, por muitas vezes, ganha conotação negativa, mas que, em verdade, representa apenas o natural movimento interpretativo por meio do qual as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais adquirem densificação. Não por outra razão demandarão alto grau de criatividade dos Juízes (CAPPELLETTI, 1999, p. 67).

4. O Papel do Judiciário na Tutela Constitucional dos Direitos Sociais

Em oposição à ideia de deferência que poderia significar a simples manutenção do *status quo*, sem qualquer possibilidade de exercício crítico de controle, defende-se que os Tribunais brasileiros possam exercer sua função de fiscalização e mesmo propulsionar alterações para maximização das garantias constitucionais já inscritas, especialmente em face de grupos minoritários que já ostentam maior vulnerabilidade, pois em um país tão desigual como o Brasil, enquanto os direitos sociais mínimos não restarem universalmente garantidos, não se poderá sequer cogitar em uma adequada proteção de direitos individuais ou políticos.

A criatividade judicial que se defende não advoga a imposição de um “governo de juízes”, mas exige que o Poder Judiciário possa fazer com que as normas jurídicas abstratas, definidoras de direitos sociais positivos, transformem-se em ações concretas, alcançando o fim social para o qual foram criadas. É impossível que não se reconheça que, em Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário exerça papel preponderante, especialmente de controle e fiscalização sobre as condutas dos demais (BARROSO, 2003, p. 127). Consequentemente, havendo manifestação expressa do constituinte no sentido de inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos ditos fundamentais, com regramento específico e em posição basilar na estrutura política desenhada, é certo que ao Judiciário caberá a guarda deste compromisso.⁵

5 Segundo o artigo 5º, §1º da Constituição de 1988, as normas de direitos fundamentais sociais são de aplicação imediata e que referido dispositivo “serve para salientar o caráter

A atuação do Poder Judiciário não será determinada nem calcada por ideologias próprias, mas deverá ser orientada pelo conceito de justiça que se deduz dos valores e dos princípios consagrados na Constituição brasileira, inclusive em seu Preâmbulo, bem como da moralidade política de sua comunidade. Assim atuando, logrará garantir máxima eficácia às normas definidoras dos direitos sociais, encontrando aí sua fonte primária de legitimidade (CLÈVE, 2000, p. 44). Não há como se aceitar que sob o manto de uma politização das Cortes, algumas pautas especificamente selecionadas sejam retiradas do escopo de controle judicial, especialmente quando decorrentes de direitos jusfundamentais inscritos taxativamente na Carta Constitucional.

Ao se colocar a experiência italiana, e por aproximação europeia, sob enfoque, é possível constatar igual submissão a um rígido sistema de controle de constitucionalidade respaldado na afirmação primeira de que não há lugar na jurisdição constitucional para que se negue preponderância aos princípios fundamentais consagrados no texto constitucional. Nesse sentido: *“In Europa, com'è noto, viene scelto di non assegnare questo compito ai giudici comuni, in particolare per tre ragioni: a) la natura programmatica di molti principi contenuti nella Costituzione, spesso in antitesi con quelli del periodo o regime precedente, la quale rendeva troppo politica l'interpretazione e l'applicazione di quei principi e suggeriva quindi di non attribuire tale funzione ai giudici comuni; b) una certa sfiducia dei Costituenti nei confronti della magistratura formata sotto il regime precedente e ritenuta poco sensibile ai nuovi principi costituzionale; c) la mancanza, nelle esperienze europee di civil law, del principio dello stare decisis e quindi il timore della formazione di linee giurisprudenziali differenti a danno del principio di certezza del diritto”* (ROMBOLI, 2013, p. 2).

775

Mesmo no contexto estadunidense, a manutenção da autoridade judicial para interpretar a Constituição e usar ativamente o poder

preceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei”, isto é, o conteúdo dos direitos fundamentais “não precisa ser necessariamente concretizado por uma lei”, pois o mesmo pode ser definido pela própria tradição ocidental (Krell, 2002, p. 38).

de controle constitucional das leis demanda um exercício de equacionamento político e equilíbrio entre os Poderes constituídos. O ativismo judicial não é meramente rechaçado, nem tampouco cegamente aceito. Antes, as Cortes devem operar sob uma política rígida de desenvolvimento favorável, onde se exige um mútuo movimento de fundamentação pelos Juízes em suas objeções aos atos do governo, bem como de vocalização de razões pelos políticos eleitos para suportá-las ou criticá-las (WHITTINGTON, 2005, p. 583).

Nesse contexto, as maiorias políticas acabam exercendo a faculdade de delegar um número de questões para o Judiciário porque as Cortes podem ter mais capacidade de agir ou podem ostentar maior confiança do que os políticos eleitos (WHITTINGTON, 2005, p. 584). Tal ponto de vista é corroborado por Luiz Werneck Vianna, quando afirma que as ADIs no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) acabaram por funcionar como instrumentos em favor das minorias políticas, que buscaram no Judiciário um outro espaço de luta democrática para afirmar direitos que não conseguiram proteção majoritária no Parlamento (Vianna et al., 2007, p. 68). Ou seja, o Poder Judiciário assume, nesse contexto, um importante papel, na medida em que representa um espaço público democrático para concretização dos direitos fundamentais.

776

O exercício do controle de constitucionalidade por um Judiciário ativo e independente, apesar de ser visto aparentemente como atentatório aos interesses da classe política hegemônica, que presumivelmente preferiria exercer o poder sem interferência é, ao contrário, um subterfúgio do qual fazem constante utilização. Quando políticos eleitos não conseguem implementar sua própria agenda política, eles buscam favorecer o exercício do controle judicial de constitucionalidade por um Judiciário simpático a superar os obstáculos e romper com o *statu quo*. Dessa forma, ainda que muitas vezes apontado enquanto sinônimo de uma mazela, o ativismo judicial aparece constantemente tolerado, como parcela intrínseca do jogo político (WHITTINGTON, 2005, p. 583).

Este jogo político de transferência de decisões políticas do Parlamento para o Judiciário no Brasil foi impulsionado pelas seguintes condições que facilitaram o processo de judicialização da política ocorrido

no Brasil, dentre as quais, destacam-se especialmente: (i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; (v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro (Verbicaro, 2008, p. 390) o que traz como consequência um tipo inédito e peculiar de espaço público de participação democrática. tal alteração no quadro político-institucional possibilitou uma maior inserção do poder judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar de judicialização da política –expressa na ampliação da importância e da participação do poder judiciário na vida social, política e econômica. tal fenômeno, característico de democracias consolidadas, decorreu de condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social e gerou efeitos visíveis na democracia brasileira. serão analisadas as condições necessárias e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política no Brasil.

This research is aimed at analyzing the judiciary power in a context wherein it acts as an agent amplifying its political dimension which brings about, as a consequence, a peculiar and unheard of type of public avenue of democratic participation. such changes in the political and institutional environment made it possible for a more extended insertion of the judiciary power in essentially political matters, which came to gain widespread acceptance as “judicialization” of politics and has been expressed by a magnified importance and actual participation of the judiciary power in social, political and economical life. such phenomenon, typical of consolidated democracies, derived from conditioning variables and peculiarities experienced in political, economical and social order and brought about visible consequences in brazilian democracy. there will be analyzed the necessary conditions of the “judicialization” of politics process in Brazil.”

“container-title”: “Revista Direito GV”, “DOI”: “10.1590/S1808-24322008000200003”, “ISSN”: “1808-2432”, “issue”: “2”, “journalAbbreviation”: “Rev. direito GV”, “page”: “389-406”, “source”: “DOI.org (Crossref. Da mesma forma, Bercovici entende que, com uma maior tendência à “normativização da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria

da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade” (Bercovici, 2004, p. 9) desde a célebre polêmica sobre o antagonismo entre democracia e constitucionalismo, passando pelos paradoxos da formalização excessiva do direito constitucional, o direito político por excelência. O método exclusivamente jurídico do direito público vai ser posto em xeque no debate da República de Weimar pela nova Teoria da Constituição, que busca incluir o político na análise constitucional. No segundo pós-guerra, o debate se dará entre as teorias materiais e processuais da constituição, buscando dirigir ou excluir a política da Constituição. Tendência esta de exclusão que chega ao ápice com os tribunais constitucionais e o esvaziamento do debate sobre política e legitimidade no direito constitucional contemporâneo, que necessita, na opinião do autor, de uma “volta à política” para sair do impasse em que se encontra.

The article explores the tense and complex relationships between Politics and Constitution, from the famous discussion about democracy and constitutionalism, through the paradoxes of the juridical formalism of Constitutional Law, the Political Law par excellence. The exclusively juridical method of Public Law was contested in the Weimar Republic debate on the new Theory of Constitution, which strove for include the Political in the constitutional analysis. In the second Post-war period, the debate has oscillated between Substantive and Procedural theories of the Constitution, both striving for conducting Politics or excluding it from the Constitution. This trend culminates in the Constitutional Courts and the emptying of the debate about politics and legitimacy in contemporary Constitutional Law, which needs, according to the author, the “return to Politics” to get out of its present deadlock.”

“container-title”: “Lua Nova: Revista de Cultura e Política”, “DOI”: “10.1590/S0102-64452004000100002”, “ISSN”: “0102-6445”, “issue”: “61”, “journalAbbr eviation”: “Lua Nova”, “page”: “5-24”, “source”: “DOI.org (Crossref, o que acabou por enfatizar o papel da hermenêutica constitucional e dos princípios constitucionais na interpretação e concretização da Constituição.

Os Tribunais brasileiros já avançaram muito na interpretação constitucional, no que diz respeito à concretização dos direitos sociais. Entretanto, ainda persistem as vozes de protestos, principalmente do Governo

e daqueles que não necessitam de auxílio do Estado para que seus direitos mínimos sejam garantidos, ou até precisam, mas destinado de outra forma, para manutenção do *status quo*, ou seja, o aparato estatal destinado à defesa do direito de propriedade, de segurança, de garantia do dinheiro no banco, proteção na execução de contratos, etc.

Nesse contexto, deve-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 “não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas” (Bercovici, 2004, p. 24) desde a célebre polêmica sobre o antagonismo entre democracia e constitucionalismo, passando pelos paradoxos da formalização excessiva do direito constitucional, o direito político por excelência. O método exclusivamente jurídico do direito público vai ser posto em xeque no debate da República de Weimar pela nova Teoria da Constituição, que busca incluir o político na análise constitucional. No segundo pós-guerra, o debate se dará entre as teorias materiais e processuais da constituição, buscando dirigir ou excluir a política da Constituição. Tendência esta de exclusão que chega ao ápice com os tribunais constitucionais e o esvaziamento do debate sobre política e legitimidade no direito constitucional contemporâneo, que necessita, na opinião do autor, de uma “volta à política” para sair do impasse em que se encontra.

The article explores the tense and complex relationships between Politics and Constitution, from the famous discussion about democracy and constitutionalism, through the paradoxes of the juridical formalism of Constitutional Law, the Political Law par excellence. The exclusively juridical method of Public Law was contested in the Weimar Republic debate on the new Theory of Constitution, which strove for include the Political in the constitutional analysis. In the second Post-war period, the debate has oscillated between Substantive and Procedural theories of the Constitution, both striving for conducting Politics or excluding it from the Constitution. This trend culminates in the Constitutional Courts and the emptying of the debate about politics and legitimacy in contemporary Constitutional Law, which needs, according to the author, the “return to Politics” to get out of its present deadlock.”

container-title: “Lua Nova: Revista de Cultura e Política”, DOI: “10.1590/S0102-64452004000100002”, ISSN: “0102-6445”, issue: “61”, journalAbbr

eviation": "Lua Nova", "page": "5-24", "source": "DOI.org (Crossref, devendo a jurisdição constitucional assumir seu compromisso histórico com a efetivação dos valores substantivos da Carta Constitucional. Dessa forma, abre-se o caminho para superação da crônica instabilidade institucional brasileira, advogando pela transformação das estruturas existentes, a fim de emancipar os cidadãos, por meio da tolerância política e do avanço social (BARROSO, 2003, p. 329).

Para além disso, deve-se afastar a ideia de que a democracia esteja ligada apenas ao princípio majoritário, pois está igualmente ligada ao compromisso com a promoção da liberdade-igual, de proteção de minorias e de grupos vulneráveis que ficam fora do processo político democrático, por meio de uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e dos princípios da liberdade, da igualdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana em todas suas interpretações.⁶

5. Conclusão

O Judiciário, desse modo, exerce papel importante na proteção da democracia, vez que representa o fórum adequado para garantia dos direitos das minorias, mas que acabam por se tornar maioria em uma sociedade plural e desigual como a brasileira. Esta realidade também tem sido observada nos últimos anos, como órgão de contenção dos avanços autoritários e dos retrocessos em matéria de proteção social.

6 Explica Canotilho que: "Existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a "liberdade", também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, se afirma que o paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional portuguesa é o paradigma da liberdade igual. E mais: "A liberdade igual aponta para a igualdade real (art.9o/d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. "Liberdade igual" significa, por exemplo, não apenas o direito à inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho". (Canotilho, 2000, p. 450).

Ressalta-se que, sem a efetivação dos direitos sociais, os excluídos nunca alcançarão uma igualdade real, ou uma liberdade igual, e, portanto, continuarão alheios ao processo democrático, pois não basta a garantia dos direitos políticos e de liberdade de expressão, sendo preciso, também, a garantia do direito à educação, para que se tenha o direito a formar a própria opinião.

Nesse sentido, a efetivação dos direitos sociais se coloca como pedra basilar e revela um compromisso constitucional específico que não pode ser menosprezado. Na medida em que o Constituinte brasileiro eleva tais direitos ao rol de direitos fundamentais submetidos ao regime específico de tutela, sua efetividade não pode ser posteriormente mitigada por argumentos de “reserva do possível” e de discricionariedade a obstarem efetivo exercício do controle judicial sobre sua efetivação.

Ainda que as questões orçamentárias e financeiras sejam relevantes para a análise de direitos sociais, já que demandam uma prestação positiva do Estado que só será possível com dispêndio orçamentário, tal não pode significar uma impossibilidade de que se exija do Poder Público rigor com os compromissos impositivamente colocados pelo texto constitucional. O ativismo judicial, nesse contexto, se traduz enquanto indissociável criatividade na atuação jurisdicional em matéria constitucional, não só possível como necessária, diante da obrigação de concretização e efetivação de dispositivos normativos naturalmente genéricos e abstratos.

A lição do professor Roberto Romboli serve, nesse sentido, para compreensão do real escopo da jurisdição constitucional e de seu intrínseco exercício de um sistema de freios e contrapesos ancorados na prerrogativa de controle sobre os demais Poderes. Ao juiz caberá um exercício criativo que serve à maximização dos compromissos constitucionais, a saber: *La giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni ha invitato in queste circostanze il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali. Si legge infatti in queste pronunce che “spetta al giudice, attraverso l’esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa*

in ipotesi determina” (sent. 11/1998) oppure che “nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali (ROMBOLI, 2013, p. 10-11).



Bibliografia

1. AMARAL, G. (2001). Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Renovar.
2. ADI no 3512, DJ no 146 Ministro Eros Grau (Supremo Tribunal Federal 2006).
3. ADPF no 45, DJ no 84 Ministro Ceslo de Mello (Supremo Tribunal Federal 2004).
4. AI no 583.476, DJ no 92 Ministro Celso de Mello (Supremo Tribunal Federal 2010).
5. AgR-RE no 634.643, DJ no 158 Ministro Joaquim Barbosa (Supremo Tribunal Federal 2012).
6. AgR-SS no 1404, DJ 06-12-2004 Ministro Barros Monteiro (Superior Tribunal de Justiça 2004).
7. BARBOZA, E. M. de Q., & Buss, G. (2020). A discricionariedade orçamentária como ferramenta para subversão da garantia constitucional à educação no Brasil. In M. Immordino & C. Celone (Orgs.), *La Responsabilità Dirigenziale Tra Diritto Ed Economia* (p. 561-585). Editoriale Scientifica.
8. BARROSO, L. R. (2003). O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira (7o ed). Renovar.
9. BARROSO, L. R. (2008). A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito*, 2(9), 258–301.
10. BERCOVICI, G. (2004). Constituição e política: Uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 61, 5-24. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>
11. CANOTILHO, J. J. G. (2000). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina.
12. CAPPELLETTI, M. (1999). Juízes legisladores? (C. A. A. de Oliveira, Trad.). Sergio Antonio Fabris.

13. CLÈVE, C. M. (2000). A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro (2o ed). Revista dos Tribunais.
14. FUKUYAMA, F. (2015) Why is Democracy Performing so Poorly. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1.
15. HOLMES, S., & Sunstein, C. R. (2000). *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. W.W. Norton & Company.
16. KRELL, A. J. (2002). Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Sergio Antonio Fabris.
17. PIOVESAN, F. (2003). Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In I. W. Sarlet (Org.), *Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Renovar.
18. RE no 564.354, DJ no 30 Ministra Cármen Lúcia _ (Supremo Tribunal Federal 2010).
19. ROMBOLI, R. (2013). I differenti livelli di protezione dei diritti: Un invito a ripensare i modelli [Comunicazione presentata al Seminario Italo-Hispano-Brasileno, La protezione de los derechos en un ordenamiento plural].
20. ROMBOLI, R. (2016). Giudice e legislatore nella tutela dei diritti. In D. Dalfino (Org.), *Scritti Dedicati a Maurizio Converso*. Roma TrE-Press.
21. SARLET, I. W. (1999). Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, 30.
22. SARLET, I. W., & Figueiredo, M. F. (2007). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, 1(1), 171-213. <https://doi.org/10.30899/df.v1i1.590>
23. SILVA, J. A. da. (1999). *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (3o ed). Malheiros.
24. SOUZA NETO, C. P. (2003). Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In C. P. Souza Neto (Org.), *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Lumen Juris.
25. SUNSTEIN, C. R. (2004). *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. Basic Books.
26. STA no 175, DJ no 76 Ministro Gilmar Mendes _ (Supremo Tribunal Federal 2010).
27. VERBICARO, L. P. (2008). Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: A study about the conditions that make it possible. *Revista Direito GV*, 4(2), 389-406. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200003>

28. VIANNA, L. W., Burgos, M. B., & Salles, P. M. (2007). Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, 19(2), 39–85. <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>
29. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. (2001). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (2o ed). Almedina.
30. WANG, D. W. L. (2008). Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, 4(2), 539–568. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>
31. WHITTINGTON, K. E. (2005). “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, 99(4), 583–596. <https://doi.org/10.1017/S0003055405051890>

El derecho antidiscriminatorio: una nueva rama del derecho

✍ FERNANDO REY MARTÍNEZ*

1. Introducción: del concepto clásico de igualdad al nuevo derecho antidiscriminatorio

Con sumo placer, me uno al merecido homenaje que rinde este libro al maestro de constitucionalistas que es Roberto Romboli. En otros pasajes de este texto se glosan sus méritos, que, realmente, son extraordinarios. Personalmente, destacaría su rigor analítico, su capacidad de leer los problemas del Derecho Constitucional, viejos y nuevos, con enfoques precisos e innovadores (¡en su obra todo es músculo y no hay ni un gramo de grasa!) y su extraordinario carisma que le ha llevado no sólo a ser el digno sucesor en la cátedra de Pisa de excelsos antecesores, como el inolvidable profesor Pizzorusso, sino también a ser el maestro de uno de los grupos de profesores más solventes de Europa. Su enorme potencia académica no puede, sin embargo, dejar en la penumbra sus extraordinarias cualidades personales, su sencillez y accesibilidad, su agudo sentido del humor, su generosidad... aquellas cualidades, en definitiva, que sólo atesoran los muy grandes.

Roberto Romboli forma parte de la generación de juristas que han renovado el viejo Derecho Público prestando atención, con exquisito rigor formal, eso sí, a los vertiginosos cambios sociales y políticos reales de las últimas décadas. Uno de estos puntos críticos de transformación radical de los ordenamientos jurídicos tradicionales (sobre todo en el ámbito continental europeo) ha sido la vigorosa irrupción del Derecho

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, España.

Antidiscriminatorio desde el orbe norteamericano. El profesor Romboli ha examinado con su habitual brillantez, por ejemplo, la cuestión de la discriminación por orientación sexual (2014, 287-304). Es por ello que este artículo persigue, en esa misma línea, proponer un análisis que permita comprender mejor tal cambio de enfoque.

La igualdad es uno de los derechos centrales del constitucionalismo en las distintas concepciones que ha ido conociendo a lo largo de los dos últimos siglos. Por lo que se refiere a España, en los cuarenta años de vigencia constitucional, han coincidido el sentido clásico o tradicional de la igualdad (que, por lo demás, tiene mayor valor simbólico y de principio que densidad jurídica) con la emergencia de todo un conjunto de normas, jurisprudencia y doctrina acerca de la prohibición de cierto tipo de discriminaciones, que, por su importancia cuantitativa y cualitativa, puede llegar a ser considerado, a mi juicio, una nueva rama específica del Derecho cual es el Derecho antidiscriminatorio.

786

Pocos derechos fundamentales de nuestra Constitución han experimentado en los últimos años un desarrollo semejante. De hecho, hasta hace poco era común considerar, a partir de la primera jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que la igualdad no tenía, como derecho, contenido sustancial propio, sino que su contenido tenía sólo un carácter *relacional*, es decir, que la igualdad se aplicaba sólo en conexión con el resto de derechos: todos debemos ser iguales en el ejercicio de la libertad de expresión, de religión, de educación, etc. Esto explica por qué la igualdad se sitúa en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución en el artículo 14, antes y fuera de los catálogos concretos de derechos de las secciones primera y segunda del capítulo segundo de ese mismo Título I. Este enfoque inicial configuraba una idea de igualdad “vacía” o superflua, en el sentido observado por Peter WESTEN (1982, 540) porque si la igualdad fuera sólo tratar igualmente lo semejante (*treating likes alike*), no hay nada en la fórmula que indique cuándo dos personas son semejantes de modo relevante ni, si lo son, qué tratamiento debiera dispensárseles.

Desde esa tímida configuración conceptual inicial, el Derecho de la igualdad se ha convertido, sin duda, en uno de los temas constitucionales centrales de nuestra época. La “explosión” del Derecho

antidiscriminatorio es sintomática de la evolución social y política. Desde una idea abstracta y universal de igualdad entre todos los ciudadanos, de una sociedad de individuos en general, que comparten el rasgo de la ciudadanía común, el nuevo enfoque del Derecho Antidiscriminatorio centra su atención, primordialmente, en la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen hondos y arraigados prejuicios y que se hallan en algún tipo de desventaja social. La igualdad *jacobina* del primer constitucionalismo, de inequívoco *bouquet* francés, se ha enriquecido con esta nueva idea de la igualdad entre grupos, de impronta norteamericana. E. DENNINGER (1994, 69) ha observado “una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad, es decir, por las diferencias entre los hombres” como uno de los nuevos fenómenos que expresan la síntesis post-moderna del Derecho Constitucional. A diferencia del periodo revolucionario liberal, con sus ideales universales, el nuevo ciudadano no se contenta con ser considerado igual a todos, dotado de los mismos derechos. Más bien, reclama el reconocimiento de su igualdad a través del reconocimiento de su diversidad respecto de los otros (y, a menudo, desde ahí, para exigir toda suerte de compensaciones económicas y morales).

787

Obsérvese que el nuevo Derecho Antidiscriminatorio, más concreto y más intenso que el clásico Derecho de la Igualdad, ofrece una enorme capacidad de penetración y transformación de la sociedad porque el derecho clásico de igualdad juega frente al Estado mientras que el Derecho antidiscriminatorio lo hace también, y quizá sobre todo, frente a otros particulares. De ahí también, a diferencia de lo que ocurre con la evolución de la mayoría del resto de derechos fundamentales, el elevado ámbito de discrepancia política y jurídica que suscita. Es el campo de batalla, junto con el de la Bioética, de las principales discusiones morales, sociales y, a la postre, políticas, de las sociedades contemporáneas.

El Derecho antidiscriminatorio no es un fenómeno aislado de nuestro ordenamiento, sino que, como ocurre habitualmente en esta fase histórica del constitucionalismo, avanza rápidamente a lomos del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho de la Unión Europea y del Derecho comparado. Los nuevos derechos, y entre ellos sobre todo el del nuevo concepto de igualdad, se hallan especialmente globalizados: es uno de sus rasgos definitorios.

A partir de los años sesenta del siglo XX, ha ido emergiendo, en efecto, una nueva rama del Derecho, en el ámbito de los derechos fundamentales, a la que denominaremos, importando el nombre anglosajón (de donde procede), no excesivamente eufónico, por cierto, como *Derecho antidiscriminatorio*. Es verdad que también podríamos utilizar otras expresiones, como, por ejemplo, “Derecho de la Igualdad”, pero ello dejaría en la penumbra las evidentes particularidades del preciso concepto “discriminación” respecto del más general y clásico de “igualdad”. En este artículo intentaré, tan sólo, mostrar las relaciones de semejanza, pero también de diferencia, entre ambos conceptos. La materia que aquí se trata ha brotado tan recientemente que ni siquiera la palabra “antidiscriminatorio/a” se halla recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Esto no es, sin embargo, óbice para su uso; si sólo pudiéramos utilizar las palabras que constan en el Diccionario, seguiríamos hablando el español de 1780, fecha de su primera edición. El límite del mundo lingüístico es, por fortuna, más ancho que el límite del lenguaje oficial. Las realidades nuevas requieren nombres nuevos.

En mi opinión, con permiso de la *Executive Order* 10925 del presidente Kennedy de 6 de marzo de 1961, que acuña el concepto de *affirmative action*, el acta de nacimiento del Derecho Antidiscriminatorio se debe expedir el 2 de julio de 1964, en el preciso momento en el que el Presidente norteamericano Lyndon B. Johnson promulga la *Civil Rights Act*, en presencia de diversas autoridades y líderes, entre ellos Martin Luther King. Se trata de una de las leyes más importantes de la historia por el cambio social que provocó, por su influencia posterior dentro y fuera del país y por su contexto histórico. Propuesta por el Presidente John F. Kennedy, prohibía cualquier discriminación racial, sexual, religiosa o por origen nacional en los ámbitos electoral, laboral, escolar, de los servicios prestados al público (hoteles, restaurantes, etc.), habilitando a las autoridades federales a garantizar la igual protección jurídica que establece para todos los ciudadanos la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal en todo el territorio nacional, también en los Estados del Sur. Recuérdese que de todos los diputados y senadores sureños, tanto del Partido Republicano como del Demócrata, tan sólo un senador de Texas votó a favor de la Ley.

La Ley fue impugnada por invadir competencias de los Estados, pero el Tribunal Supremo federal falló a favor de su constitucionalidad considerando que el poder de comercio del Congreso federal abarca la regulación de los medios y las personas del comercio entre los Estados en Norteamérica. En Estados Unidos, la competencia sobre el comercio dentro de los límites estatales le corresponde a cada Estado, pero la regulación del comercio interestatal y de los pueblos originarios le compete a la Federación. En virtud de esta cláusula, el Tribunal Supremo Federal ha ido ampliando los poderes de la Federación, como ocurre, precisamente, en materia de prohibición de discriminación.

En efecto, en *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964) el Tribunal argumentó que la discriminación racial dificultaba, y en ocasiones impedía, encontrar alojamiento a algunos viajeros. Y ello aunque los moteles tuvieran un carácter puramente local, ya que si recibían viajeros, entonces podía regularse por el Congreso para proteger el comercio interestatal de la discriminación racial. De igual modo, en *Katzenbach v. McClung* (1964), el Tribunal sostuvo la legitimidad de la aplicación de la Ley de Derechos Civiles a cualquier restaurante que sirviera comida a viajeros de otros Estados o, incluso, si una porción significativa de ella provenía del comercio interestatal (lo que estimó, precisamente, en el caso: el 46% de los alimentos habían sido suministrados desde otro Estado).

789

El Derecho antidiscriminatorio se fue desarrollando en los Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, durante los años setenta y ochenta y, desde ahí, se ha ido irradiando a todo el orbe, a menudo a partir del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea ha ido incorporando las categorías norteamericanas y las ha generalizado entre los Estados miembros. ¿Por qué el Derecho Antidiscriminatorio surge precisamente en los Estados Unidos? Porque mientras la idea de igualdad en Europa es, a lo largo del siglo XIX y bien entrado el siglo XX, una idea fundamentalmente *política* que se refiere sobre todo a la pugna entre obreros y burgueses, en Estados Unidos, una sociedad más homogénea desde ese punto de vista, una sociedad de propietarios, la idea de igualdad es, más bien, de corte *jurídico* y se refiere, sobre todo, a aquellos que eran allí realmente “los otros”: la población

afrodescendiente que había sido esclavizada desde que, en agosto de 1619 un barco apareciera en el horizonte cerca de Point Comfort en Virginia con 20 esclavos africanos. La cuestión de la igualdad racial se convierte de este modo, en los Estados Unidos, en uno de los temas centrales de su construcción como Nación, lo que puede comprobarse en su importancia decisiva en dos momentos críticos: como espoleta de su Guerra de Secesión (el Presidente A. Lincoln declara la libertad de todos los esclavos de la Confederación mediante una Orden Ejecutiva de 22 de septiembre de 1862 y más tarde se prohíbe la esclavitud en todo el país por la Enmienda Decimotercera, de 18 de diciembre de 1865), y como tema central del movimiento por los derechos civiles (1955-1968), que, conseguida ya 90 años antes la igualdad *formal* entre blancos y negros, reivindicó la igualdad real y la prohibición de segregación en lugares públicos.

Es el movimiento mundialmente famoso liderado por el pastor baptista Martin Luther King y su lucha no violenta contra la segregación racial y a favor de la igualdad. Este movimiento se inició cuando una joven de Montgomery (Alabama), Rosa Parks, se negó el 1 de diciembre de 1955 a dejar su sitio a otro pasajero en la zona reservada para blancos de un autobús público. Homer Plessy había hecho un gesto similar en un tren en 1896, pero el Tribunal Supremo Federal había fallado en su contra, estableciendo la conocida y horrenda doctrina “separados pero iguales” (Plessy v. Ferguson, 1896). Rosa Parks fue condenada por infringir la ley local de segregación, lo que provocó un boicot de 381 días a los transportes públicos en el que Luther King jugó un papel destacado. Al reverendo King le dieron el Premio Nobel de la Paz en 1964 y fue asesinado el 14 de abril de 1968 en Memphis. El histórico discurso con el que concluyó la Marcha por el Trabajo y la Libertad, frente al Capitolio de Washington, el 28 de agosto de 1963, titulado “Hoy tengo un sueño” debería ser de lectura obligatoria en todas las Facultades de Derecho del mundo.

A partir de su impronta norteamericana y antirracista en origen, el Derecho antidiscriminatorio se ha ido generalizando en todo el mundo; constituciones, leyes, sentencias y opiniones doctrinales han ido incorporando en su acervo común las categorías centrales: igualdad de trato, de oportunidades, discriminaciones directas, indirectas, rasgos protegidos,

acciones afirmativas, discriminaciones múltiples, acosos, etc. Ampliando, además, los rasgos especialmente protegidos desde el factor racial al de género (en la Unión Europea el camino ha sido el inverso: primero el género y después la etnia) y, desde ahí, a otros, destacadamente la orientación e identidad sexuales, la religión y la ideología, la edad y la discapacidad.

2. El concepto jurídico de igualdad

¿Qué concepción de la igualdad se expresa en la Constitución española? Naturalmente, la propia de un Estado que se autodefine como “social y democrático de Derecho” (artículo 1.1 CE). La igualdad constitucional, en su triple condición de *valor* superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), de *principio* (“Los españoles son iguales ante la ley” –artículo 14a CE–), cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos (artículo 9.2 CE), y de *derecho fundamental* (“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” –artículo 14b CE–), explícita, al mismo tiempo, tres dimensiones: de libertad, democrática y social.

791

En su dimensión liberal, propia del Estado de Derecho, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia, cuanto en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como el de las mujeres o las minorías étnicas, puedan quedarse “aislados y sin voz” en la arena política. Desde el punto de vista del Estado social, la idea jurídica de igualdad legitima un trato desigual a fin de garantizar a individuos y grupos vulnerables o en desventaja socio-económica la igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones descansan en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE), de lo que se deriva la *igual dignidad social* de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase.

La Constitución establece la cláusula de igualdad general en el art. 14a: “Los españoles son iguales ante la ley”. Es una declaración lapidaria

y elegante. Pero es, a mi juicio, una afirmación incoherente con la propia idea constitucional de igualdad ya que, al circunscribir la igualdad a la nacionalidad española, ignora tácitamente el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades que también tienen los extranjeros que se hallen en nuestro país, incluidos lo que no lo hagan de modo administrativo regular, como ha reconocido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Por supuesto, el derecho internacional y europeo de los derechos humanos y, por tanto, también la igualdad, rige para cualquier persona que se encuentre bajo jurisdicción española. En consecuencia, en la primera reforma de nuestra Constitución que se produzca, si es que en algún momento somos capaces de alcanzarla, habría que cambiar la redacción actual por una que dijera algo parecido a esto: “Todas las personas son iguales ante la ley”.

La igualdad, en términos jurídicos precisos, no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad —a pesar de la general confusión en este sentido—), ni tampoco, por el contrario, que se permita toda diferenciación de trato (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad). El legislador (en sentido amplio), al regular cualquier asunto, traza, normalmente, diversas diferencias de trato entre los destinatarios, en función de determinadas circunstancias. De hecho, lo normal en el Derecho es, como en la naturaleza, la desigualdad de trato, no la igualdad. La igualdad es por ello una técnica de control: es un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible. Igualdad es razonabilidad de la diferencia jurídica de trato (J.I. MARTÍNEZ, 1991, 531 ss.). Cuando hablamos de “igualdad” en derecho estamos, en realidad, hablando de cuánta “desigualdad” es tolerable.

Ciertamente, no será difícil encontrar casi siempre algún fundamento razonable de la diferencia de trato. Esto significa que quien establece la diferencia suele tener una amplia libertad de configuración y que, correlativamente, el juez llamado a controlar si esa diferencia es discriminatoria o no tiene un limitado margen de actuación (prácticamente coincidente con la prohibición para los poderes públicos de actuar arbitrariamente del artículo 9.3 CE). Este esquema es, en principio,

respetuoso con el principio de separación de poderes, ya que el poder judicial no debe suplantar con sus propias valoraciones las que adopten las instituciones elegidas democráticamente. Por eso, los operadores jurídicos saben perfectamente que es muy difícil sostener una demanda apoyándose sólo en el derecho general de igualdad (artículo 14a CE). La idea de “razonabilidad” es, en sí misma, como argumento “práctico”, lábil, débil e imprecisa.

Por ello no son infrecuentes las dudas. Un ejemplo real, el resuelto por la STC 41/2013, de 14 de febrero. El Tribunal examina una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra una disposición adicional de la Ley 40/2007, que, excepcionalmente y de modo retroactivo, extendía el derecho a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho siempre que contaran con varios requisitos, entre ellos, el de tener hijos en común. El juez de lo social que presentó la cuestión alegaba que este requisito discriminaba a las parejas de hecho homosexuales porque, obviamente, en esa época (anterior a la equiparación del matrimonio homosexual con el heterosexual) no podían tener hijos en común. La mayoría del Tribunal falla que esa diferencia de trato (entre las parejas de hecho con y sin hijos en común en relación con el acceso a una pensión del viudo o viuda tras la muerte de su pareja) lesiona, en efecto, el derecho general de igualdad (artículo 14a CE) porque no sería razonable (en palabras del Tribunal: carecería de “justificación objetiva y razonable”). El Tribunal observa que el requisito de los hijos en común es de imposible cumplimiento para las parejas homosexuales, pero también para las parejas heterosexuales que no pudieron tener hijos por infertilidad. Y desestima que fueran razonables los argumentos que el Voto particular discrepante (firmado por cuatro magistrados) sí encuentra, por el contrario, razonables. En efecto, el Voto discrepante considera que el requisito de los hijos en común es razonable por dos motivos: porque, “atendidos los limitados recursos económicos del sistema de la seguridad social”, haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, lo que incide sobre la capacidad económica del superviviente, y porque es un indicio probatorio concluyente de la existencia de la pareja de hecho. Como se puede comprobar, las dos tesis, la de la mayoría y la del voto particular, aunque antagónicas, son hasta cierto punto razonables.

3. Igualdad “formal” o “jurídica” e igualdad “real” o “de oportunidades”. Igualdad y equidad

Se suele oponer la igualdad “formal” o “jurídica” a la igualdad “real” o de “oportunidades”. Esta contraposición proviene del pensamiento clásico de izquierdas del siglo XIX que, en el contexto de las luchas obreras de la época, criticaba la idea de igualdad estrictamente formal de los códigos civiles entre empleadores y trabajadores, que no captaba la enorme desigualdad de hecho existente entre ellos y el abuso y la explotación de los primeros sobre los segundos. Con el concepto de igualdad real, propuesto como aspiración ideal, se intentaba evocar una situación en la que empleadores y trabajadores mantuvieran una relación más equilibrada y, en general, un orden social en el que, por la decisiva intervención del Estado, los trabajadores tuviesen acceso a los derechos sociales básicos (trabajo, seguros sociales, vivienda, educación, protección de la salud, etc.). La Constitución española vigente, influida en este punto por la italiana (art. 3), refleja esta diversidad conceptual, recogiendo en el artículo 9.2 CE la igualdad “real y efectiva” de individuos y grupos, y la igualdad general en el artículo 14 CE.

794

¿Cómo se relacionan actualmente la igualdad “real o de oportunidades” del artículo 9.2 CE y la igualdad “formal” del artículo 14 CE? Ya no estamos en el marco del Estado liberal decimonónico, sino en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE). De momento, la cláusula de igualdad formal del artículo 14 CE alberga al mismo tiempo una prohibición de discriminación que tiene un efecto intensamente protector de las personas que pertenecen a diversos grupos sociales, lo que casa mal con una idea de igualdad “formal”. Si se enfoca la cuestión en términos políticos y no jurídicos, es correcto contraponer la idea de una igualdad “jurídica”, la que se reconoce en la Constitución y en otros textos normativos, frente a la igualdad “real” entre los ciudadanos, que mediría, fáctica o empíricamente, el distinto acceso y disfrute de unos y de otros de los derechos fundamentales y, por tanto, permitiría comprobar el grado de sinceridad o aplicación práctica de aquellos textos jurídicos. De hecho, en las últimas décadas ha aumentado la brecha de desigualdad entre los ciudadanos en todo el mundo. Pierre ROSANVALLON (2012,

11) sostiene que los ciudadanos participan cada vez más en política “a la par que retrocede la ciudadanía social... esa fractura de la democracia es el hecho más importante de nuestro tiempo, portador de las más terribles amenazas. El aumento de las desigualdades es a la vez indicador y motor de esa fractura”. Aún de modo más expresivo, sostendrá (2012, 19): “La idea de igualdad se ha convertido en una divinidad lejana, cuyo culto rutinario ya no alimenta ninguna fe viva”. Coincido con él en que “lo más urgente es refundar esta idea de igualdad” (real); ahora bien, el demonio está en los detalles, la cuestión crucial no es hoy ya si hay que asegurar o no la igualdad real, cuestión que se da por descontada, sino *cómo* hacerlo de un modo sólido y sostenible (o, en otras palabras, no *populista* o *nugatoria*).

Pero desde un punto de vista jurídico preciso, aunque igualdad real e igualdad formal son conceptos diferentes, ubicados en preceptos constitucionales diversos, a mi juicio, no cabe contraponerlos: la igualdad real (artículo 9.2 CE en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución) implica el establecimiento “favorable” de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, los discapacitados físicos y psíquicos, los consumidores, los desempleados, las familias, etc.), en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico –si bien puede subsistir la disputa no sobre el “qué”, pero sí por el “cómo” y el “cuánto”–), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad “real” es la misma igualdad “formal” cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, la juventud, la vejez, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción constitucional *iuris tantum* de validez. Un trato jurídico diferente y mejor a quien se encuentre, de hecho, en desventaja,

no sólo no lesiona la igualdad ni es, por tanto, inconstitucional, sino, justamente, todo lo contrario: es querido o pretendido por el constituyente. En el Estado social, la igualdad “real” es una especie del género igualdad “formal” porque ésta es, en realidad, una igualdad “substantiva” que va más allá de la máxima aristotélica de tratar igual a lo semejante.

Por eso, se ha ido abriendo paso con fuerza en varios países la idea de “equidad” como superación de la simple “igualdad formal” y equivalente, no sin cierta confusión doctrinal subyacente, con la “igualdad real o de oportunidades”. Equidad significa nivelación de las condiciones de vida de los socialmente desventajados, significa asimetría jurídica, trato jurídico diferente y favorable, un juicio de valor que toma partido no por tratar a todos igual, sino mejor a los que están peor; no invoca la típica simetría de la idea formal de igualdad. La noción de “equidad” no suele encontrarse en los textos jurídicos, tampoco en las constituciones, que siguen refiriéndose a la igualdad, aunque sí en algunas sentencias, sobre todo en las que aprecian, de una u otra manera, una idea substantiva de igualdad en los términos aquí expuestos. En líneas generales, el uso de la palabra “equidad” es, pues, hasta ahora, más político que jurídico. No hay disponible una definición jurídica de “equidad” en este sentido. La noción jurídica tradicional de “equidad” es otra cosa; hace referencia a una atemperación de la aplicación de la norma a un caso concreto por razones de justicia. Ambos sentidos coinciden en la apelación a lo justo, pero poco más. En definitiva, la idea de equidad en el ámbito del derecho de la igualdad equivale, desde mi punto de vista, a la noción de igualdad real o de oportunidades. Y, por tanto, no es algo distinto de la misma idea de igualdad porque esta no colapsa su sentido en el desvencijado concepto paleo-liberal de igualdad formal. Equidad es igualdad substantiva y también, por ello, objetivo central del Derecho antidiscriminatorio.

4. La igualdad en las relaciones entre particulares

La igualdad y la prohibición de discriminación constitucionales no juegan del mismo modo frente al poder público que respecto de otros particulares. En el primer caso, frente al poder, es aplicable de modo absoluto e inmediatamente a partir del texto constitucional. En relación con

otros particulares, la cuestión no es tan sencilla porque es de aplicación otro principio fundamental como es la autonomía de la voluntad, que es como se concreta en Derecho privado la libertad constitucional (arts. 1.1 y 10.1 CE, entre otros). Como observa J.M. BILBAO (2006, 149), “la libertad individual (en su vertiente negocial o asociativa) incluye necesariamente un margen de arbitrio y no puede limitarse injustificadamente”. Citando a Henkin, esgrimirá la libertad del individuo (incluso) “para ser irracional”. Los individuos son libres de “discriminar” a las personas con las que tratan, algo que les está vedado al Estado. Pueden “seleccionar a las personas con las que van a relacionarse (pueden invitar a su casa o a una fiesta a quien crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean), libres de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias)...” (150). Recuerda J.M. BILBAO (150) el ATC 1069/1987 donde el Tribunal sostuvo que “un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro”, lo que supone, obviamente, que un inquilino no puede denunciar a su arrendador sólo porque trate mejor a otro inquilino.

797

En consecuencia, el principio constitucional de igualdad (art. 14a CE) no opera directamente como límite de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado sino que requiere la mediación legislativa, como sucede, por ejemplo, con el Derecho laboral, el derecho de asociaciones u otros ámbitos (150).

Cuestión distinta es el derecho fundamental a no sufrir discriminación por las causas previstas en el art. 14b CE, que sí juega directamente, a partir de su enunciado constitucional, en las relaciones entre particulares y que, por tanto, deberá ponderarse necesariamente con otros bienes y derechos constitucionales, como es el de la autonomía de la voluntad. En el fundamento jurídico primero de la STC108/1989, el maestro Rubio Llorente, ponente del caso, afirma con claridad: “el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada solo

por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE”.

Obviamente, la distinción en este punto entre eficacia mediata o inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* es puramente académica porque aunque de la Constitución se infiera una eficacia inmediata, se requerirá normalmente la colaboración legislativa para ser realmente ejercitable. Así por ejemplo, de la Constitución se puede deducir el derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio entre ellas, pero, evidentemente, sin la previa modificación legislativa del Código Civil, este derecho no podría ser realmente ejercitado.

En la ponderación de la prohibición de discriminación respecto de la autonomía de la voluntad, tres son, a juicio de J.M. BILBAO (2006, 155) los factores que deben ser tenidos en cuenta: la repercusión social de la discriminación (no es lo mismo un acto aislado que un patrón generalizado de conducta), la posición dominante de la entidad discriminadora en el mercado y el grado de afectación a la dignidad y la integridad moral de la víctima en el caso concreto. Recordemos también cómo las Directivas europeas sobre igualdad disponen su aplicación en “el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos”. Y no olvidemos que incluso el Código Penal sanciona determinadas conductas discriminatorias que proceden no del Estado, sino de otros particulares: los delitos de odio (sobre todo en el art. 510), la denegación discriminatoria de prestación a la que se tenga derecho en el ámbito de los servicios públicos (art. 511) o de la actividad profesional o empresarial (art. 512), y la tipificación de asociación ilícita de aquellas que promuevan la discriminación (art. 515.5), entre otras.

En su análisis, J. DÍAZ REVORIO (2015) propone un marco teórico de abordaje de este problema y examina numerosos ejemplos. La igualdad en las relaciones laborales, un asunto sobre el que se podrían escribir varias monografías; la igualdad en el ámbito de la contratación; o en el del derecho de asociación, por citar sólo algunos ejemplos. No obstante, las dudas, como él mismo reconoce, siempre subsisten. Por ejemplo, no hay duda de que el Club Liceo de Barcelona estaba obligado

constitucionalmente a admitir mujeres como socias, cosa que finalmente hizo voluntariamente en 2001, rompiendo una tradición de 150 años, lo que permitió la entrada, como es notorio de la soprano Montserrat Caballé entre sus miembros. Y no hay duda porque el argumento de la tradición no puede erigirse como un muro infranqueable contra los derechos (en este caso de igualdad de género) y porque el Liceo de Barcelona sólo hay uno en importancia y valor, no sólo en Barcelona, sino en toda España. Tampoco habría duda en calificar una prohibición de membresía de un club por motivos racistas como claramente inconstitucional. Pero, ¿qué ocurre con los clubes privados masculinos que no admiten mujeres entre sus socios? ¿o al revés? ¿o con las sociedades gastronómicas vascas masculinas?, por ejemplo. En estos casos, a mi juicio, resultaría, en principio, excesivo constreñir la libertad de los particulares obligándoles a emplear una parte de su ocio con quienes en realidad no desean. Y, por tanto, dado que no tendría mayor repercusión social, ni habría posición de dominio ni se afectaría especialmente la dignidad de nadie, debería permitirse sin problemas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional muestra no pocos casos de discriminación en las relaciones entre particulares. Por ejemplo, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español de la discriminación por género, el caso de la STC 126/1997 que va a declarar válida la regla de la preferencia de los varones sobre sus hermanas en orden a heredar títulos nobiliarios. El Tribunal funda su decisión, de modo harto discutible, por cierto, en que el art. 14 CE no es aplicable porque se trata de una cuestión estrictamente privada que afecta en exclusiva a particulares. En mi opinión, ni el asunto era sólo privado, porque tenía diversos puntos de conexión con el derecho público, ni aunque fuera sólo privado la cuestión se podía resolver apodícticamente de manera tan sencilla obviando la prohibición constitucional de la discriminación de género.

El Derecho antidiscriminatorio ha ido transformando profundamente el Derecho privado. Su impacto ha sido extraordinario. Pensemos, por ejemplo, en los cambios del Derecho de familia (donde en tres décadas se han modificado tradiciones jurídicas milenarias) o del

Derecho laboral, limitando el poder empresarial. A mi juicio, cuando estemos en presencia de una discriminación de género, étnica, por edad, discapacidad, por orientación o identidad sexual, en cualquier ámbito del derecho privado, se generaría una posición preferente de este derecho fundamental frente a cualquier otro, de modo que, aunque pudiera ser derrotable, debiera serlo únicamente si se lograran aportar argumentos extraordinariamente persuasivos en contra. El acceso a establecimientos abiertos al público es un buen escenario de pruebas. El dueño del local, en uso de su derecho de admisión, puede prohibir la entrada, en principio, por las razones que desee. Puede impedir que alguien entre a su local si no lleva corbata o chaqueta, por ejemplo. Pero lo que no puede hacer de ningún modo es impedir la entrada a alguien de un grupo étnico minoritario sólo por este motivo. La normativa autonómica del derecho de admisión prohíbe la restricción del acceso por motivos discriminatorios.

800

Pondré otros tres ejemplos para comprender la especial dificultad de este tipo de situaciones, que deben resolverse caso por caso.

El primero, uno en el que, por cierto, nos vimos personalmente involucrados en algún momento como expertos tanto el profesor Bilbao como yo mismo: el caso del Alarde de Irún (J.M. BILBAO y F. REY, 2000 –ambos impartimos una inolvidable conferencia en el casino de Irún invitados por el presidente a la sazón, Luís Lago, el 11 de noviembre de 1999–). Tanto en Irún como en Hondarribia, la fiesta tradicional más importante es el famoso Alarde. En Irún es el 30 de junio. Se trata de un desfile con vestimenta militar y organización “militar”, con escopetas que se disparan al aire, misa de campaña y comida popular. En un momento determinado, un grupo minoritario de vecinas pidieron incorporarse al desfile vestidas como los varones, portando, en su caso, el trabuco o la escopeta, pero los responsables de la fiesta y de las compañías en que se organiza el desfile se lo denegaron. La resolución de la Alcaldía de Irún de 31 de enero de 1997 desestimó, en efecto, dicha solicitud, pero las vecinas plantearon un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que resolvió mediante sentencia de 17 de enero de 1998. El Tribunal estimará el recurso, dando la razón

a las vecinas al considerar que la prohibición municipal de que las mujeres desfilen como soldados en el Alarde es una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE, sobre todo si se lee, *ex art.* 10.2 CE, a la luz de los artículos 5 (los Estados adoptarán las medidas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”, eliminando “las prácticas consuetudinarias...basadas... en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”) y 13.c) (los Estados adoptarán las medidas para asegurar el derecho de las mujeres a participar... en todos los aspectos de la vida cultural”) de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La sentencia es, a mi juicio, excelente y su principal mérito es haber acertado en la elección del estándar de examen judicial. En efecto, el Tribunal se cuida de distinguir el principio general de igualdad (art. 14a CE), que exige tan sólo del órgano judicial la apreciación de alguna razón justificadora de la diferencia jurídica de trato adoptada entre personas y/o grupos, de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14b CE), que interesa del órgano judicial de control un genuino y severo juicio de proporcionalidad. La resolución municipal impugnada establecía una palmaria diferencia jurídica de trato entre hombres y mujeres. Se trata de determinar si es una discriminación directa. La sentencia parte de que sí lo es y se interroga sobre si está de alguna manera justificada. La representación del Ayuntamiento había tratado de demostrar (evidentemente, sin éxito) que sí había una diferencia de trato, pero no había perjuicio para las mujeres; es decir, no habría discriminación. Y no la habría porque las mujeres no dispondrían de un derecho fundamental a desfilar como soldados porque no tendrían derechos frente a la historia y las tradiciones.

Frente a la “razonabilidad” de esta tesis, el Tribunal aplica los artículos antes citados de la Convención, concluyendo que es discriminatoria porque vehicula el prejuicio sexista clásico (la imposibilidad de las mujeres de ser soldados —ya superado hace mucho tiempo: la STC 216/1991 declaró inconstitucional prohibir a las mujeres realizar voluntariamente el servicio militar) y porque, en definitiva, se las excluye de participar de ese modo en la fiesta principal de la villa.

El Ayuntamiento argumentó dos motivos para denegar la participación de las mujeres en el desfile: la voluntad de la mayoría de las mujeres de la villa, reacias a romper la costumbre; y el hecho de que se trata de una tradición de siglos. El argumento de la mayoría no es válido porque, precisamente, los derechos fundamentales son triunfos frente a la mayoría. Si se concluye que tiene derecho, bastaría que una sola mujer quisiera hacerlo. O incluso ninguna, pero el derecho existiría. Más complejo es el argumento de la tradición. El Tribunal, sin embargo, razona con brillantez, haciendo observar que ni el Alarde actual representa fiel o rigurosamente la batalla de 1552, ni, aunque el Alarde no sea una fiesta de disfraces, “rememorar” significa repetir hechos históricos tal y como fueron exactamente; de hecho, el Alarde actual tiene poco que ver con los históricos de Guipúzcoa en armas, indumentaria, recorrido, significado (ya que los Alardes fueron hasta 1876 el modo de realizar el servicio militar en ese territorio), o actores (la figura de la “cantinera” de cada compañía, una suerte de reina de la fiesta, se añadió mucho después). De modo que las tradiciones no son ritos inmutables y deben, en todo caso, adecuarse a los derechos fundamentales.

Es cierto que muchas otras fiestas populares y tradiciones asignan funciones estereotipados a mujeres y hombres. Pero en este caso, se trataba de una fiesta con importantes elementos públicos (regulada por una ordenanza municipal, sufragada en parte con dinero público, etc.) y era, además, la fiesta principal de la villa (pueden llegar a desfilar más de 10.000 personas).

Mi intervención en el Casino (y en el libro posterior -2000, 87 ss.) invitaba a la celebración de un único Alarde mixto, pero eso no sucedió. Inteligentemente (en gran medida gracias al consejo del profesor Bilbao 2000, 99 ss., aunque este es también partidario del Alarde mixto), los partidarios del Alarde tradicional se “desconectaron” de cualquier punto de conexión público (organización, bienes, recursos) y vienen organizando, válidamente desde el punto de vista jurídico (otra cosa es la oportunidad de su formato visto socialmente), desde que se dictó la sentencia un alarde “privado”, que es, por cierto, al que acude la mayoría del pueblo. En paralelo, se organiza un desfile “igualitario” de mujeres y hombres. Ambos desfiles hacen el mismo recorrido a distinta hora.

Un segundo ejemplo tiene que ver con el caso de los pescadores de El Palmar, estudiado por Francisca RAMÓN (2012, 801 ss.) La comunidad de pescadores de El Palmar de la Albufera de Valencia, una asociación de derecho privado, se rige desde finales del siglo XIII por las propias costumbres. Las mujeres han estado siempre excluidas del derecho de formar parte de la comunidad (reservada sólo a los hijos varones de patronos pescadores de la propia comunidad) y, por tanto, del derecho de pesca o *redolí*. Consta por escrito que en 1852 se denegó a una hija de pescador el permiso de pesca (F. RAMÓN, 823). Varias hijas de pescadores de la comunidad solicitaron en 1997 ser admitidas a la comunidad y adquirir el derecho de pesca. Se les negó esta posibilidad invocando la costumbre. Las mujeres plantearon el consiguiente recurso en vía civil y tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia provincial de Valencia en apelación y el Supremo en casación (Sentencia de 8 de febrero de 2001, Sala de lo Civil) coincidieron en afirmar el derecho de las reclamantes a formar parte de la comunidad y a ejercer el derecho de *redolí* pues lo contrario supone una flagrante discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE. La comunidad interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo inadmitió mediante ATC de 20 de septiembre de 2001. Es interesante el argumento del Tribunal Constitucional: “no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión... consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola”. Es decir, de nuevo el punto de conexión público es determinante para que sea totalmente aplicable para esta asociación privada que se rige por costumbres centenarias el derecho constitucional de la igualdad de género (art. 14 CE). ¿Qué ocurriría si el espacio de pesca no fuera público, sino estrictamente privado? Sin duda, la respuesta no sería tan sencilla como en este caso.

El tercer y último ejemplo que quiero recordar es el famoso caso del pastelero de Denver que se negó a vender una tarta de boda a una pareja gay. Este conflicto ha sido resuelto por el Tribunal federal norteamericano

en la sentencia *Masterpiece Cake Shop Ltd. V. Colorado Civil Rights Commission* (2018). Jack Phillips, el dueño de la pastelería, un devoto cristiano, se negó a vender una tarta de boda de una pareja gay pidiendo, por razones de libertad religiosa y de libertad de expresión (puesto que obligarle a cocinar la tarta sería una forma de violentar su creación “artística”, de empujarle a expresar un determinado mensaje que no compartía en su fuero interno), que se le eximiera del cumplimiento de la ley del estado de Colorado que prohíbe discriminar por orientación sexual en los lugares de venta de bienes y servicios al público. Phillips se negó, pues, a vender la tarta para mostrar su oposición a los matrimonios homosexuales.

Cuando se planteó el conflicto, en 2012, Colorado no permitía aún la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. De hecho, la pareja se iba a casar en el estado de Massachusetts. Sin embargo, tanto la Comisión de derechos civiles de Colorado como las diversas instancias judiciales inferiores al Supremo federal, consideraron que se había producido una discriminación por razones de orientación sexual.

804

El ponente de la sentencia del Tribunal federal es Kennedy, el mismo ponente de las recientes sentencias que han fallado a favor de los derechos de las personas homosexuales (y que en la parte dedicada a la prohibición por orientación sexual se analizan). El Supremo se cuida mucho de que la sentencia no se entienda como un paso atrás en la protección constitucional de la homosexualidad. *Masterpiece* no puede leerse como un permiso futuro para discriminar a los homosexuales en los establecimientos de venta al público. Pero el caso es que el Supremo falla a favor del pastelero y en contra de la pareja gay. Concluye, en efecto, que la Comisión de derechos civiles habría lesionado la libertad religiosa (*free exercise clause*) de la Primera Enmienda de la Constitución.

La sentencia argumenta que la Constitución y las normas protegen a las personas y a las parejas homosexuales, “pero las objeciones religiosas y filosóficas al matrimonio homosexual son opiniones protegidas por la libertad de expresión”. En consecuencia, “la ley de Colorado debe ser aplicada de una manera neutral desde el punto de vista religioso”. Pues bien, la Comisión de derechos civiles de Colorado habría mostrado, a juicio del Tribunal, “una clara e intolerable hostilidad hacia las sinceras

convicciones religiosas” del pastelero. Sobre todo, a través de los comentarios de uno de sus miembros, que habría llegado a sostener, entre otras cosas, que la religión había servido en la historia para justificar todo tipo de discriminaciones, incluidas la esclavitud y el Holocausto (algo inobjetable, en mi opinión, por cierto).

Es cierto que, en este caso, la pareja de contrayentes podía haber ido unas calles más abajo y comprar la tarta en otra pastelería sin mayores problemas. También es verdad que hablamos simplemente de comprar una tarta y no de impedirles el acceso a bienes de mayor enjundia (un empleo, por ejemplo). Pero lo decisivo aquí para sostener la incorrección de la decisión, considerando que, efectivamente, se ha incurrido en discriminación directa por orientación sexual, es, en mi opinión, que la negativa a venderles la tarta no se mueve en el plano objetivo de la discusión sobre el matrimonio homosexual, sino que es un trato diferencial que perjudica personalmente a esos novios concretos debido a su orientación homosexual.

805

Por eso creo que este caso debe distinguirse de otro semejante, pero no idéntico, fallado por el Tribunal Supremo de Reino Unido (ponente, la presidenta, Baronesa Hale), sentencia *Lee v. Ashers Baking Company*, de 10 de octubre de 2018. La comparación de ambos asuntos puede ser muy ilustrativa de cuanto estamos hablando. También en el caso británico se falla a favor de los panaderos, el matrimonio MacArthur, un par de devotos cristianos que se niegan a vender una tarta al señor Lee en Irlanda del Norte con el mensaje “Apoya el matrimonio gay”. Aparentemente, ambos casos serían idénticos. Pero no lo son porque, como muy bien observa la sentencia británica, en este supuesto la negativa a vender la tarta no perjudica al señor Lee por ser homosexual, un dato que ni era conocido por los pasteleros ni era relevante (porque también hay heterosexuales —como yo mismo— que defienden el matrimonio homosexual), sino que tiene que ver con el mensaje en sí mismo. El derecho a la libertad religiosa y a no sufrir discriminación por este motivo comprende el derecho a no ser obligado a manifestar públicamente opiniones que uno no comparte en absoluto. Los pasteleros tienen el derecho a rechazar un mensaje (en este caso, de apoyo al matrimonio gay) contrario a sus convicciones. Del

mismo modo que unos pasteleros liberales podrían rechazar hacer una tarta con un mensaje de apoyo al matrimonio tradicional (J.G. Oliva y H. Hall, 2018, 5). Por eso, a mi juicio, el caso británico (el problema era el mensaje) está correctamente decidido pero el norteamericano (el problema eran los mensajeros), no.

5. Prohibición de discriminación en sentido amplio (derecho de igualdad) y prohibición de discriminación en sentido estricto (derecho antidiscriminatorio)

La Constitución se refiere a la igualdad en diversos preceptos. Además de los ya mencionados, también alude expresamente a la igualdad, por ejemplo, en el acceso a los cargos y funciones públicas (artículo 23.2 CE), o a la igualdad entre los cónyuges (artículo 32.1 CE) y los hijos (artículo 39.2 CE), o entre los españoles en cualquier parte del territorio (artículo 139.1 CE), etc. La cláusula general de igualdad se alberga en el artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley”. Cualquier violación de este precepto supone, por tanto, una discriminación en sentido amplio prohibida por la Constitución.

806

Pero el artículo 14 contiene, *in fine*, algo más, incorpora también una prohibición de discriminación por diversas causas o rasgos o motivos específicos: “... sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La lesión de este precepto provocaría una discriminación en sentido especial prohibida por la Constitución. Es preciso observar que el listado del artículo 14b CE es abierto, no establece un *numerus clausus*, pero alude, expresamente, a diversos rasgos sospechosos de un cierto tipo de discriminación. En palabras del Tribunal Constitucional, esta cláusula “representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5). ¿Por qué el Constituyente ha identificado precisamente esos rasgos, el género, la raza, etc. y no otros?

La respuesta a esta pregunta es importante porque la Constitución protege más intensamente la prohibición de discriminación por género, raza, etc., que la igualdad en general.

La identificación del grupo social en desventaja capaz de excitar la aplicación del Derecho antidiscriminatorio es, pues, un asunto crucial. La prohibición de discriminación especial, a diferencia de la discriminación general, se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es el género, la raza, el origen étnico, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona, capaces de crear una situación de subordinación social de ciertos grupos. En estos supuestos la diferencia real entre grupos conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior, como un no-participante en la vida social. La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo negativo, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo, que se adjudica a una persona tan sólo por pertenecer a él. De ahí el carácter particularmente odioso de este tipo de discriminaciones. A una persona se la va a despedir, o no contratar, o negar el alquiler de un piso, o echar de una discoteca, etc., tan sólo por formar parte de un grupo social determinado, no por lo que ella haya hecho. Una discriminación en sentido estricto es una lesión de la igualdad general a causa de ciertos tipos de prejuicios sociales graves: machismo, homofobia, xenofobia, racismo.

Pues bien, el derecho de igualdad en general se satisface si la diferencia de trato es razonable, pero este criterio de la razonabilidad no sirve para las discriminaciones especiales, en las que el control judicial es más riguroso, nada menos que el principio de proporcionalidad. El fundamento jurídico octavo de la STC 126/1997 consagra explícitamente este doble estándar de examen judicial: si se está en presencia del principio de igualdad general, habrá de utilizarse un juicio de razonabilidad; si estamos ante una prohibición de discriminación en sentido estricto, el canon más riguroso de la proporcionalidad será el adecuado.

Igualdad general y prohibición de discriminación son conceptos distintos, el primero es simétrico y formal, y obliga a tratar jurídicamente de modo semejante aquello que lo es de hecho (y, bajo ciertas condiciones, a manejar jurídicamente de modo diferente aquello que es así de facto), y el segundo es asimétrico y substantivo, puesto que, por encima de todo, se propone, aunque a veces juegue también de forma bilateral y simétrica, mejorar el trato jurídico de ciertos grupos sociales en desventaja. Aunque distintos, guardan, en mi opinión, una relación de género a especie: la prohibición de discriminación es una variedad del género igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los “sospechosos” (género, etnia, etc.). La prohibición de discriminación en sentido estricto posee unos perfiles específicos dentro del campo del derecho de igualdad en general. Es otra cosa. Si para entender que ha habido una lesión de la igualdad general, una discriminación en sentido amplio, basta con comprobar que no hay ningún fundamento razonable de la diferencia jurídica de trato entre dos o más situaciones de hecho semejantes, cuando dicha diferencia jurídica de trato es el género, la raza, etc., no basta el canon de la mera razonabilidad y el examen se transforma en el astringente criterio de proporcionalidad que acompaña el enjuiciamiento de cualquier límite de un derecho fundamental, en este caso, la prohibición de discriminación en sentido estricto.

El análisis jurídico de referencia en este punto sigue siendo el pionero de J. TUSSMAN y J. TENBROEK (1949, 341 ss.) Para estos autores, en el derecho de los Estados Unidos habría primado la libertad sobre la igualdad, pero esta última habría ido creciendo en importancia (obsérvese que su trabajo es de 1949). Ellos analizan la cláusula constitucional de la XIV Enmienda: “Ningún Estado denegará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”, interpretando que da lugar a dos estándares de protección: la doctrina de la “clasificación razonable” (que vendría a equivaler a la “igualdad en general”) y la doctrina de la “clasificación sospechosa” (equivalente a la “prohibición de discriminación en sentido estricto”). La doctrina de la clasificación razonable intenta resolver la paradoja de que la cláusula constitucional de igualdad “es una promesa de protección de leyes iguales”, pero las leyes pueden clasificar a las personas y a las situaciones y la verdadera idea de

esta clasificación es la desigualdad. Pues bien, según la idea de la “clasificación razonable”, no se requiere que cosas diferentes de hecho sean tratadas jurídicamente como si fueran las mismas, sino que aquellas que estén “similarmente situadas”, sean similarmente tratadas desde el punto de vista jurídico. Pues bien, no serían razonables las distinciones que no incluyen a todos los que estén similarmente situados con respecto al propósito de la norma: sería una distinción “sub-inclusiva” (*under-inclusive*). Ni tampoco aquellas que incluyan a personas que no están similarmente situadas y, por tanto, serían “víctimas inocentes”: son las distinciones sobre-inclusivas (*over-inclusive*). Un ejemplo de sobre-inclusividad que ponen Tussman y TenBroek es el del rey Herodes ordenando la muerte de todos los niños varones nacidos cierto día para evitar que alguno de ellos pudiera arrebatarse el trono en el futuro. Pero un mejor ejemplo para observar la sub-inclusividad y también la sobre-inclusividad que lesionan la igualdad constitucional sería el confinamiento en los Estados Unidos de los ciudadanos de origen japonés en plena II Guerra Mundial (con el propósito de evitar espionaje y sabotajes). Esta medida sería sub-inclusiva porque no abarca a los ciudadanos de otros países con los que Estados Unidos estaba en guerra (Alemania, destacadamente) y también sobre-inclusiva porque, evidentemente, considerar que todos los ciudadanos de origen japonés eran potenciales espías era mucho considerar. Pese a ello, el Tribunal Supremo federal validó la medida en una de las peores y más infamantes sentencias de su historia (sólo explicable, en parte, por el pánico bélico): *Korematsu v. United States* (1943).

Ahora bien, cuando el rasgo por el que se distingue y trata jurídicamente de forma diferente a las personas es uno ligado especialmente a la dignidad humana, como el credo, la raza, etc., entonces esa diferenciación no sería válida incluso aunque fuera razonable respecto al propósito que persiguiera la norma. Tussman y Tenbroek observan con inteligencia que sería demasiado radical entender que toda clasificación o diferenciación por esos rasgos debería ser nula (doctrina de la “clasificación prohibida”), por lo que es mejor una forma menos extrema de esa doctrina y que podría formularse así: existiría una presunción de inconstitucionalidad contra las normas que empleen esos rasgos aludidos y, en consecuencia, los tribunales deben examinarlas con un juicio o estándar más estricto. Esta

es la doctrina de la “clasificación sospechosa”, que ha sido incorporada por la jurisprudencia norteamericana hasta nuestros días. En efecto, los tribunales norteamericanos utilizan, fundamentalmente, dos estándares de examen en relación a la igualdad: el de simple “racionalidad” (*rational relationship test*) para los casos de igualdad general y el escrutinio estricto (*strict scrutiny test*), equivalente a lo que en nuestro ordenamiento llamamos principio o juicio de proporcionalidad, para los de prohibición de discriminación por alguno de los rasgos “sospechosos”. También ha modulado ambos criterios con algún estándar intermedio (*intermediate test*) en algunos casos, entre el “desdentado” test de racionalidad y el “casi fatal” escrutinio estricto (TRIBE, 1988, 1601).

Pero para poder entender cómo opera, en sentido estricto, cualquier discriminación especial, es, sin embargo, inevitable importar la gramática conceptual de otra rama del conocimiento, la Psicología Social (entre otros, GAVIRIA, LÓPEZ y CUADRADO, 2013 y BARON y BYRNE, 2005) Porque no todo lo que en el lenguaje común, ni siquiera en la cultura jurídica corriente, se califica como “discriminación” lo es en realidad. El término tiene un significado mucho más preciso. En particular, hay que distinguir “estereotipo”, “prejuicio” y “discriminación” (es corriente su uso indiferenciado). La discriminación es el acto final, una conducta, que viene precedida de dos elementos anteriores: de un modo de conocer la realidad (estereotipo) y de un elemento axiológico, valorativo o ideológico (prejuicio) sobre dicho estereotipo. El prejuicio es el corazón de la discriminación: su auténtico percutor. La discriminación es la manifestación del prejuicio ideológico. Por eso, no avanzaremos significativamente si solo trabajamos con los efectos (la discriminación) y no con sus causas (el prejuicio). Hay que evitar lo que P. ROSANVALLON (2012, 366, nota 11) llama “la paradoja Bossuet”: “los hombres se lamentan en general de aquello que aceptan en particular”; Bossuet dijo: “Dios se ríe de los hombres que se quejan de las consecuencias y en cambio consienten sus causas”.

El estereotipo social es un esquema cognitivo sobre las características que supuestamente posee un conjunto de personas por su simple pertenencia a ese grupo. Es una generalización que se aplica a todos los

miembros del grupo, aunque no los conozcamos directamente o sepamos algo de ellos. Es una imagen mental general y simple, muy arraigada (aunque pueda haber diferencias de intensidad o de tipo), sobre grupos, que se proyecta sobre las personas que pertenecen a ese grupo. Comprende creencias sobre rasgos físicos, de personalidad, roles profesionales, valores... Es una especie de “teoría ingenua” que guía nuestra actitud y conducta hacia ellos. Es una imagen mental sesgada y poco veraz (ya que algunos de los rasgos son difícilmente observables y porque es imposible que todos los miembros del grupo compartan al cien por cien la estereotipia). El primer autor que utilizó el concepto de estereotipo en las ciencias sociales fue Walter Lippman (1922), un periodista que toma el término del molde que utilizan los tipógrafos para reproducir, una y otra vez, las mismas imágenes o letras. Con esta analogía, pretendía hacer hincapié en el modo en que se reproducen las imágenes y creencias que la sociedad tiene sobre determinados grupos sociales a base de repetirlas una y otra vez.

Los estereotipos se aprenden, mantienen y modifican mediante el proceso de socialización y su transmisión se produce a través de diferentes fuentes (o agentes socializadores: familia, escuela, pares, medios) esto es, la cultura. Los estereotipos son un efecto del proceso psicológico básico de “categorización social”, que permite organizar la complejidad del entorno que nos rodea organizándolo en diferentes conjuntos cuyos elementos comparten características. Estereotipar es algo más que categorizar, va más allá, porque incorpora expectativas sobre cómo son o comportan los miembros de un grupo. ¿Por qué categorizamos? Además de por reducir la complejidad (los seres humanos somos “tacaños cognitivos ya que realizamos el menor esfuerzo cognitivo posible en la mayoría de las situaciones” –BARON y BYRNE, 218–, la vida social plantea riesgos además de recompensas, de forma que los individuos deben ser selectivos a la hora de decidir con quién establecer relaciones. El proceso de categorización exagera tanto la similitud de los elementos comunes, como las diferencias entre categorías. Se tiende a percibir a los miembros de los otros grupos de forma más homogénea que el propio (al que conocemos mejor). Otro sesgo de la categorización social, denominado “esencialismo”, radica en que, una vez establecidas las categorías (que son culturales), se da la tendencia

a percibir las como “naturales”, es decir, como se utilizan las clasificaciones que aplicamos a plantas o animales. El esencialismo es mayor respecto de grupos sociales definibles en función de claves físicas visibles (el color de la piel, por ejemplo). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social* por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar, o sí, pero con el coste de una gestión esquizofrénica de la propia existencia (como ocurre, por ejemplo, con una homosexualidad no abiertamente declarada).

Los prejuicios no son un modo de conocer, sino una actitud, un sentimiento, una emoción hacia los miembros de determinados grupos, y, como tal, implica una valoración cuya valencia puede ser positiva o negativa. Los prejuicios son ideología, entendida como falsa representación de la realidad. Y es una ideología sobre la que los psicólogos sociales nos advierten que es muy difícil cambiar, ya que se trata de una estructura cognitiva bastante rígida.

En efecto, (1º) se tiende a prestar más atención a aquella información que confirma nuestras ideas y expectativas previas, ignorando la que las contradice. Los heurísticos son atajos mentales que utilizamos para simplificar la solución de problemas cognitivos complejos; pues bien, el heurístico de disponibilidad se utiliza para estimar la probabilidad de un suceso, la frecuencia de una categoría o la asociación entre dos fenómenos: si se nos ocurren muchos casos de ese suceso o categoría, será porque es muy frecuente o probable. Algunos errores comunes que cometemos al

aplicar el heurístico de disponibilidad son el “error de muestreo”: consiste en basar los juicios en muestras reducidas y sesgadas, o incluso en los casos extremos de la muestra; la “correlación ilusoria”: en este caso lo que está disponible y se recuerda de forma más fácil es una fuerte asociación entre sucesos o atributos, lo que lleva a sobreestimar la frecuencia con la que ocurre dicha asociación (este fenómeno explica el origen de los estereotipos; por ejemplo ser gitano y cometer delitos). Casi siempre la relación se establece entre miembros de grupos con bajo estatus o minoritarios y conductas infrecuentes, que suelen ser negativas. Es más fácil que asociemos una conducta negativa a los inmigrantes, por ejemplo, que a los españoles. Los medios de comunicación suelen reforzar esta relación. (2º) Otro proceso que impide cambiar nuestros prejuicios es la tendencia a reinterpretar la información inconsistente o a considerar el caso como atípico (por ejemplo, si nuestro estereotipo es que los gitanos son mentirosos, si conocemos a uno que no lo es, atribuiremos esa conducta inconsistente con nuestro estereotipo a alguna razón personal (“es que no parece gitano”).

813

Los estereotipos convertidos en prejuicios sirven para categorizar; para defender el sistema de valores personal y también para generar diferencias en la valoración de unos grupos respecto de otros; contribuyen a la creación de una ideología de diferenciación entre grupos (entre un “nosotros” y un “ellos”). El prejuicio es, pues, una “antipatía u hostilidad basada en una generalización defectuosa e inflexible (ALLPORT, 9)”, es la munición ideológica de la discriminación. En el campo de Derecho antidiscriminatorio, hablamos, nada menos, de prejuicios tan graves como el racista, el machista, el homófobo, el xenófobo, el paternalista hacia estos grupos, etc. Hablamos de ideas realmente enfermas. En definitiva, la discriminación es una conducta (positiva u omisiva), cuyo equipaje ideológico es el prejuicio que, a su vez, se funda en un estereotipo.

6. Fundamentos teóricos del derecho antidiscriminatorio. Dimensión individual: igualdad y dignidad. Dimensión grupal: el principio de anti-subordinación

No hay duda de que el Derecho antidiscriminatorio está estrechamente vinculado, desde el punto de vista individual, con la idea de

dignidad humana (art. 10.1 CE), como así ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, pero también se halla ligado a consideraciones de índole grupal: alude a grupos socialmente no incluidos, *out-groups*. Cualquier discriminación es, en efecto, una conducta basada en un doble error fatal porque, de un lado, se funda en un prejuicio hostil contra un determinado grupo, prejuicio que no es compatible con un mínimo examen racional, y, de otro lado, atribuye a todos los miembros de ese grupo las características negativas comunes, con absoluta independencia de los méritos y la trayectoria individuales de tales miembros. Cualquier discriminación lesiona de un modo especialmente grave la dignidad humana y, al mismo tiempo, sitúa al grupo al que pertenece la persona discriminada en una situación social (y a menudo también económica y política) de subordinación. En la fundamentación del Derecho antidiscriminatorio cabe observar, por tanto, una dimensión subjetivo-individual, que remite a la idea de dignidad personal, y otra dimensión objetivo-institucional que pone el foco en la situación social del grupo al que pertenecen las personas discriminadas.

6.1. Igualdad y dignidad

Hay pocos conceptos tan centrales y luminosos para el Derecho y, a la vez, tan oscuros, como el de dignidad. La literatura suele situar en el pensamiento de I. Kant la mejor fundamentación. Para el filósofo alemán, la dignidad significa que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo que repudia todo intento de cosificación o instrumentalización del ser humano. A partir de la idea de la naturaleza racional del ser humano, Kant concluye que la autonomía de la voluntad, entendida como facultad de determinarse por sí mismo, es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. “Los seres –escribe (1972, 134)– cuya existencia depende de la naturaleza y no de su voluntad tienen un valor relativo como medios y por eso se llaman cosas, mientras que los seres racionales se llaman personas”. De ahí que “en el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad; cuando una cosa tiene un precio, puede ofrecerse en vez de ella otra como equivalente; pero cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto, no permite equivalente, entonces tiene dignidad”.

Esta brillante construcción, relativizadas sus limitaciones y situadas en su contexto histórico (Kant, por ejemplo, no concede autonomía

moral a quienes “naturalmente” no la tenían: las mujeres y los niños, así como a quienes carecían de ella por razones sociales: los no propietarios), no halla, sin embargo, reconocimiento jurídico en el primer liberalismo, a comienzos del siglo XIX. El debut histórico del reconocimiento jurídico de la dignidad se producirá más tarde como reacción a los terribles abusos del totalitarismo nazi tras la II Guerra Mundial. No es casual que los primeros textos que la mencionen sean, precisamente, el alemán y los documentos principales del nuevo orden internacional que surge tras la guerra. Pero esta idea inicial de dignidad como ámbito personal e incluso físico de respeto se irá enriqueciendo con nuevas dimensiones, como, destacadamente, la social: la dignidad de la persona implica, en este sentido, la posibilidad de desarrollar autónomamente la propia existencia, lo cual requiere que cada persona disfrute de ciertas condiciones sociales y económicas. La dignidad *social* antes mencionada. Una idea de dignidad claramente emparentada con la de igualdad real.

Todos los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que ésta, que es el ADN o código genético de aquéllos, les confiere unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica. Cumple, en concreto, dos relevantes funciones: hermenéutica (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional) e integradora (puede operar para descubrir nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos o incluso para abrir el reconocimiento de “nuevos” derechos fundamentales).

815

No cabe ignorar, sin embargo, que el concepto de dignidad es lábil y potencialmente peligroso: puede darse la tentación *fundamentalista* de recurrir a ella “para elevar cualesquiera conflictos políticos a la categoría de cuestiones constitucionales no susceptibles de valoración ponderada” (GUTIÉRREZ, I., 33) De “yacimiento de recursos verbales para el arbitrio judicial” habla J. Jiménez Campo (2008, 178). La construcción jurídica del concepto se ve rodeada de tres dificultades específicas:

- 1ª) Es una idea axiológicamente abierta que debe compaginarse con la diversidad de valores y el pluralismo que se manifiesta en las complejas y multiéticas sociedades democráticas contemporáneas. De modo que se trata de una cláusula afectada de

una “profunda ambigüedad” en relación con sus usos jurídicos concretos. Puede tener una fuerte carga emancipatoria (por ejemplo, reforzando la dimensión social de los derechos, en el caso del descubrimiento dentro del catálogo tradicional de derechos del derecho a un mínimo existencial a favor de las personas sin recursos), pero, al mismo tiempo, puede ser empleada, con formulaciones apodícticas e ideológicamente interesadas, o simplemente elevando a categoría universal lo que no es más que una tradición o una inercia, para imponer restricciones de los derechos de libertad de individuos concretos (estableciendo una subrepticia imposición de modelos de valores dominantes que coarten el pluralismo y la diversidad; particularmente en los campos del derecho antidiscriminatorio y de la bioética). La definición de la dignidad debe hacerse de modo compatible con una Constitución que es, desde el punto de vista valorativo, plural ideológicamente. Y es que los valores en nuestras sociedades multiétnicas juegan como la reina en el juego del ajedrez: hacia todas las direcciones. La idea jurídica de dignidad puede convertirse en simple ideología judicial (conservadora o progresista) con disfraz.

- 2ª) La idea de dignidad también se encuentra abierta no sólo en su contenido, sino en el tiempo. Se trata de un concepto en permanente estado de construcción. De hecho, la misma idea de “dignidad” en origen estaba reservada a los miembros prominentes de la sociedad, de modo que era un concepto jerárquico. Lo que una sociedad considera “digno” e “indigno” muta en el tiempo. Es un absoluto que debe concretarse histórico-culturalmente. Lo que ayer era un tipo penal hoy puede considerarse ejercicio de un derecho fundamental.
- 3ª) La dignidad, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes constitucionales fundamentales, como la libertad, la igualdad, la intimidad, etc., no se cuida de aspectos más o menos particulares de la existencia humana, sino de la cualidad que se considera inherente a todo ser humano, de modo que es el valor

propio que identifica genuinamente a todo ser humano como en cuanto tal. De ahí que se trate de un concepto demasiado radical o tajante, apto para ser empleado rápidamente en cualquier disputa jurídica cerrándola de inmediato a favor de cualquiera de las partes y en detrimento de las demás, sin posibilidad de ponderación o balance alguno.

No obstante, pese a estas dificultades teóricas, lo cierto es que el concepto de dignidad cumple relevantes funciones en todos los ordenamientos. Se trata, en efecto, de un concepto sólidamente establecido en el Derecho internacional de los derechos humanos (a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos), así como en muchas Constituciones (a partir de la *Grundgesetz* alemana), que, en manos de los tribunales, es extraordinariamente fecundo para interpretar las disposiciones más conflictivas y novedosas de derechos fundamentales e, incluso, para permitir el reconocimiento de nuevos derechos o de nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Cualquier observador atento podrá concluir que es un concepto jurídico realmente útil y no una simple promesa tan deseable como inútil, pura retórica. La dignidad puede ser, desde el punto de vista jurídico, valor, principio y derecho fundamental.

817

A mi juicio, una de las mejores sistematizaciones judiciales de qué es la dignidad y qué funciones puede llegar a cumplir, desde el punto de vista jurídico, la ha formulado la Corte Constitucional colombiana en su Sentencia T-881/02, de 17 de octubre de 2002 (en relación con los derechos de las personas que vivían en una zona de Cartagena de Indias que se vieron privados de ciertos servicios públicos y del suministro eléctrico). En esta Sentencia se define el objeto de la dignidad a partir de tres aspectos o elementos: (1º) La dignidad como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital propio (*vivir como se quiera*). Esta dimensión evoca la idea kantiana de dignidad inicialmente mencionada, y conecta con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (2º) La dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (*vivir bien*). Esta idea de dignidad social, que está emparentada con el derecho a la igualdad real y efectiva, ha ido siendo acuñada, en origen, por la doctrina y jurisprudencia alemana e italiana, sobre todo, pero conoce un

gran desarrollo en el constitucionalismo latino. (3º) La dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral (*vivir sin humillaciones*).

A partir de aquí, las conexiones entre la dignidad y las discriminaciones por género, etnia, etc., esto es, las discriminaciones especiales, se manifiesta: tales vulneraciones de la igualdad suponen una mayor lesión de la dignidad humana en la medida en que dispensar un peor trato a cualquiera por una causa de la que no es responsable y que es alimentada ideológicamente por un prejuicio histórica y hondamente arraigado en el imaginario social (machismo, racismo, xenofobia, homofobia, etc.) y normalmente con fuertes anclajes históricos, golpea por debajo de la línea de flotación del concepto jurídico de dignidad, impide “vivir como se quiera”, es decir, limita radicalmente la autonomía personal; hace imposible “vivir bien” negando la posibilidad de todo rastro de dignidad social o igualdad en el ejercicio de la dignidad; y cabe interpretarse como una violación del ideal de “vivir sin humillaciones” en la medida en que toda discriminación pretende o logra humillar a la víctima, al considerarla como un ser “no del todo humano”.

818

Ya hemos visto cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha conectado desde el principio la dignidad con el Derecho antidiscriminatorio. También en otros países se ha hecho. S. Fredman (2016, 724), por ejemplo, informa de cómo Canadá (Law v. Canadá, 1999), ha situado la dignidad en el centro del principio de igualdad: “La igualdad significa que nuestra sociedad no puede tolerar clasificaciones legislativas que traten a ciertas personas como ciudadanos de segunda clase, que les degraden, que les traten como menos capaces o de que de cualquier otra manera ofendan la dignidad humana fundamental”.

Cualquier discriminación supone, por tanto, una lesión particularmente grave e injusta de la dignidad humana. Pero la simple apelación a la idea de dignidad no es suficiente, en mi opinión, para fundamentar adecuadamente el Derecho antidiscriminatorio porque, incluso aunque exista una dimensión, antes mencionada, de dignidad “social”, lo cierto es que el concepto de dignidad es fundamentalmente personal. Y, en consecuencia, no tiene en cuenta el carácter grupal o colectivo de las

discriminaciones en sentido estricto. Lo característico de este tipo de discriminaciones es que a una persona se le va a tratar peor en algún tipo de relación social simplemente por pertenecer a un colectivo sobre el que recaen prejuicios de honda raigambre y, por consiguiente, sin tener en cuenta sus méritos y trayectoria personales.

6.2. Discriminación como subordinación de ciertos grupos sociales

En el ordenamiento norteamericano se suele construir la justificación teórica del Derecho antidiscriminatorio no a partir de la idea de dignidad, sino de otros marcos de pensamiento que tienen en cuenta, fundamentalmente, aspectos grupales y el déficit de ciudadanía que sufren las víctimas de la discriminación.

En efecto, suele citarse el voto discrepante del Juez Harlan en el caso del Supremo federal de los Estados Unidos, *Plessy v. Ferguson* (1896) —el que sentó la doctrina “separados pero iguales”—, como el primero en el que se trae la metáfora de las castas típicas de la India como un contra-ejemplo que no debería extenderse a los Estados Unidos. Es célebre la afirmación de Harlan: “*There is no caste here*” (en los Estados Unidos).

819

Varios autores han desarrollado las implicaciones de este principio. El más influyente ha sido, quizá, Owen Fiss (1976) con su *group-disadvantaging principle*. La discriminación sólo se comprende desde la perspectiva de la subordinación grupal que expresa y que provoca. El principio de anti-subordinación exige que las leyes “no agraven o perpetúen” la posición subordinada de un grupo especialmente desventajado, ni que dañen desproporcionadamente a miembros de grupos marginalizados (1976, 108). Esta teoría que comprende la cláusula constitucional de igual protección de la XIV Enmienda como un principio de anti-subordinación, ha sido desarrollada posteriormente también como principio anti-castas, anti-subyugación o anti-estigma.

Un año después del trabajo de Fiss, Kenneth L. Karst (1977) desarrolla, por ejemplo, la teoría del estigma. Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada

individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que “los normales”, “la mayoría” miran a aquellos que son diferentes. Citando a Goffman, Karst afirmará: “la persona víctima de un estigma no es del todo humano”. No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llega a aceptar como “naturales” las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo.

Por otro lado, las minorías víctimas de discriminación, e incluso las mayorías en situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, son, en sentido estricto, “minorías aisladas y sin voz” en el proceso político. Como se sabe, la doctrina de las *discrete and insular minorities* fue acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano en la cuarta nota de pie de página de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.*, de 1938 (ponente: Stone) y ha sido formulada teóricamente por John Hart Ely (1977). Según esta teoría, la prohibición constitucional de discriminación concierne principalmente a la protección judicial de aquellos grupos que son incapaces de defenderse por sí solos en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. Pero ya el trabajo de Owen Fiss también aludía a este déficit de democracia o ciudadanía debilitada de las minorías (sobre todo étnicas y particularmente la afro-americana).

Todos estos puntos de vista remiten al contexto grupal del Derecho antidiscriminatorio, sin el que no puede entenderse. Cualquier discriminación lesiona el Estado de Derecho porque impacta arbitrariamente contra el sacrosanto principio de la generalidad de la ley, tanto en su establecimiento como en su aplicación; viola el Estado democrático porque considera a ciertos grupos sociales como no participantes y golpea al Estado social porque introduce o permite una desigualdad intolerable

entre ciudadanos libres e iguales. La discriminación es la negación misma de la democracia.

De ahí que toda discriminación contenga elementos individuales (finalmente, es a una persona a la que se le lesionan sus derechos) y también grupales (configurando un sistema de democracia débil o imperfecta compuesta por castas sociales). El número y clase de discriminaciones realmente existentes es uno de los mejores indicadores de la calidad democrática de un país.

El carácter grupal de las discriminaciones, fundado en prejuicios ideológicos hostiles, en “estigmas” (machismo, racismo, xenofobia, homofobia, etc.), es la expresión de fenómenos sociales sistemáticos y estructurales. Sobre este punto volveremos más adelante.

La fundamentación teórica del Derecho antidiscriminatorio tiene una relevante aplicación práctica: la justificación de las medidas de igualdad de oportunidades que suponen un trato jurídico favorable a los grupos en desventaja. En mi opinión, eso es lo que pretendía, en el fondo, el trabajo de Owen Fiss y los posteriores. No basta sólo que el derecho impida los tratos diferentes y peores por razón de género o de etnia; dado que los grupos discriminados lo están desde hace siglos (Fiss escribió, en relación a la minoría negra, que estuvo esclavizada cien años y luego sufrió un sistema de castas los cien años posteriores) y de un modo muy potente, es preciso que el derecho se convierta en un instrumento de nivelación social de oportunidades. Como el propio Fiss escribiera (1976, 150), la cláusula constitucional de igualdad “expresa un punto de vista ético contra las castas, uno que hace indeseable para cualquier grupo social ocupar una posición de subordinación durante un periodo prolongado de tiempo”. Superar la subordinación no sólo supone no permitir más tratos peores y distintos, sino también equilibrar, a través del derecho, la situación de los grupos en desventaja con el grupo mayoritario. Si el derecho no trata de modo diferente y mejor a quienes están de hecho peor, estaría consolidando y bendiciendo la subordinación.

Una síntesis reciente y muy difundida de los cuatro factores que conforman el Derecho antidiscriminatorio (o, por utilizar su terminología,

“la igualdad substantiva”) es la que procede de Sandra FREDMAN (2016, 727): corregir las desventajas; contrarrestar los prejuicios, los estigmas, los estereotipos, la humillación y la violencia basada en alguno de los rasgos protegidos; mejorar la participación y la visibilidad social, compensando tanto la exclusión social como la política; y, por último, reconocer las diferencias y conseguir un cambio estructural.

Catharine A. MACKINNON (2016, 739) ha intentado replicar la visión multifactorial de Sandra Fredman. Coincide con ella en la defensa de una idea “substantiva” de igualdad, que define como aquella que provoca “un cambio en las desigualdades vitales de los históricamente desventajados” (739). Pero, a diferencia de Fredman, MacKinnon considera que el principio subyacente contra el que se dirige todo el Derecho antidiscriminatorio es, en realidad, uno solo, el de “jerarquía social” (740): “arriba y abajo, más y menos, más alto y más bajo, dominante y subordinado, superior e inferior”. A mi juicio, ambas tienen razón y sus posturas no son, en realidad, incompatibles; son miradas válidas parcialmente distintas y complementarias de una misma realidad.

Las bases teóricas del Derecho antidiscriminatorio han venido, incluso, a transformar el clásico pensamiento de izquierda que consideraba la equitativa redistribución de la riqueza como el ideal de justicia social. Junto con la “redistribución”, tras la emergencia de este nuevo enfoque, se pone ahora el foco en el “reconocimiento” de la subordinación (no sólo ni quizá principalmente económica) de ciertos grupos sociales. Nancy Fraser (2006, 14 ss.) ha descrito bien este tránsito. Hay cuatro diferencias entre el “reconocimiento” y la “redistribución” (FRASER, 2006, 22 s.): el primero se enfrenta a diferencias culturales (“humillación y falta de respeto”, la segunda, a económicas (“explotación, marginación, privación”); el primero propone como solución el cambio cultural y simbólico (valorando positivamente la diversidad cultural); la segunda, la reestructuración del sistema económico; el primero tiene como sujetos a grupos sobre los que recaen prejuicios culturales (mujeres, minorías étnicas y sexuales, etc.); la segunda, a clases sociales; el primero considera que las diferencias entre grupos sociales son variaciones culturales saludables; la segunda postula no reconocer las diferencias de grupos, sino abolirlas. Pues bien, Fraser,

en opinión que comparto, propone una interpretación complementaria de ambas perspectivas: “una comprensión suficiente de la justicia debe englobar la lucha por el reconocimiento y la lucha por la distribución” (ibídem, 14). No habría reconocimiento sin redistribución ni ésta sin aquél (ibídem, 65). Al reconocimiento (de las diferencias culturales donde las minorías no deban asimilarse a la mayoría) y la redistribución (justa de los recursos), habría que añadir, además, la participación (en los procesos de toma de decisiones). Este análisis de “perspectiva dualista” es impugnado tanto por quienes creen que lo decisivo sigue siendo la redistribución (como el propio Alex Honneth en el libro-diálogo citado), como por aquellos que consideran que lo verdaderamente crucial es el reconocimiento, como es el caso, por ejemplo, de Iris Marion Young (2000, 323), quien llega a afirmar que “la injusticia deberá definirse principalmente en términos de los conceptos de opresión y dominación, antes que de distribución”, de modo que “el racismo y el sexismo son la principal expresión de la forma de opresión en nuestros días”.



Bibliografía

1. AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo, 2018 (2ª ed.), pp. 16-23.
2. ALLPORT, G.: *The nature of Prejudice* 1954.
3. AÑÓN, M.J.: “*The Antidiscrimination Principle and the determination of Disadvantage*”, en *The Age of Human Rights Journal*, n. 2, June 2014, pp. 109-128.
4. BAMFORTH, N., MALIK, M., and O’CINNEIDE, C., 2008. *Discrimination Law: Theory and Context*. London: Sweet & Maxwell.
5. BARON, R. A. y BYRNE, D.: *Psicología social*, Pearson, Prentice Hall, Madrid, 2005.
6. BILBAO, J.M.: “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 18, 2006, pp. 147-189.
7. BILBAO, J.M., REY, F., *et alii*: “El Alarde de Irún y la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo”, en *Los Alardes: una perspectiva*

- jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Casino de Irún, 2000.
8. COBREROS, E.: “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2007, n. 81, pp. 71-114.
 9. CONNOLLY, M.: *Discrimination Law*. London: Sweet & Maxwell. 2011 (2ª ed.).
 10. DÍAZ REVORIO, F.J.: *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, México, 2015.
 11. ELY, J. H.: “Equal Citizenship under the XIV Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 69 ss.
 12. FISS, O.: “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophical and Public Affairs*, vol. 5, n. 107, 1976.
 13. FRASER, N. y HONNETH, A.: ¿Redistribución o Reconocimiento?, ed. Morata y Fundación Paideia Galiza, Madrid, 2006.
 14. FREDMAN, S.: *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011 (segunda edición).
 15. *Substantive equality revisited*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n. 3, julio 2016, pp. 712-738.
 16. *Substantive equality revisited: a rejoinder to Catharine MacKinnon*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n. 3, julio 2016, pp. 747-751.
 17. GARCÍA OLIVA, J. y HALL, H.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Lee v. Ashers Baking Company* (2018)”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 48, 2018, pp. 1-6.
 18. GAVIRIA, E.; LÓPEZ, M. y CUADRADO, I.: *Introducción a la Psicología Social*, ed. Sanz y Torres, Madrid, 2013 (2ª edición).
 19. GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Valencia: Bosch, 2004.
 20. GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 33.
 21. JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, núm. 9, pp. 71 y ss.
 22. KADAR, T.: *An analysis of the introduction of socio-economic status as a discrimination ground*. Equality & Rights Alliance, 2016.
 23. KANT, I.: *Metafísica de las Costumbres*, 1797 –versión en español de Edaf, Madrid, 1972.

24. KARST, KENNETH L.: "Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977, pp. 1-68.
25. "Substantive equality revisited: a reply to Sandra Fredman", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n. 3, julio 2016, pp. 739-751.
26. MARTÍNEZ, J.I.: "El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho", en A.A.V.V.: *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Madrid, 1991, pp. 539 y ss.).
27. OLLERO, A.: "Casos iguales, sentencias diferentes: principio de Igualdad e independencia judicial", *Abogados*, junio de 1996, pp. 10-13.
28. RAMÓN, F.: "Mujer, igualdad, derecho y pesca en la Albufera de Valencia", en *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, (dir. Susana Navas), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 801-827.
29. REY, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.
30. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M.^a F (1986), *Igualdad y Discriminación*, Madrid, Tecnos.
- i. -"La igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley" y "La prohibición de discriminación", en *Comentarios a la Constitución Española*. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 1998, pp. 276-310,
31. ROMBOLI, R.: "La homosexualidad como elemento de discriminación: principios constitucionales y jurisprudencia de los jueces constitucionales y de las cortes europeas", en *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexuales*, (dirs.: Cuesta, Santana y López), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 287-304.
32. ROSANVALLON, P.: *La sociedad de los iguales*, RBA, Madrid, 2012.
33. RUBIO LLORENTE, F.: "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción" en el libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 637 y ss.
34. TUSSMAN, J. y TENBROEK, J.: "The equal protection of the laws", *California Law Review*, 1949, vol. 3, pp. 341 y ss.
35. WESTEN, P.: *The empty idea of equality*, *Harvard Law Review*, vol. 95, 1982, pp. 537-596.
36. YOUNG, I.M.: *La justicia y la política de la diferencia*, Universidad de Valencia, 2000.

El constitucionalismo de los derechos y el derecho penal

✎ MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ*

1. **D**e las muchas definiciones de constitucionalismo, una particularmente simple y a la vez expresiva es la que se centra en su pretensión de poner freno al poder mediante el derecho. Aparecen ahí los dos polos de una relación conflictiva: el poder como un atributo de ejercicio constante de dominio, de carácter desnudo, y el derecho como el instrumento concebido para atemperar el dominio, para hacerlo soportable y re-dirigirlo hacia objetivos de general aceptación. Frente al poder, un fenómeno complejo de situar en sus precisos contornos, el derecho se nos aparece como algo moldeable y relativamente sencillo de instituir, al menos en su punto de partida. Por ello, el *material de trabajo* de los juristas, los códigos y las leyes y demás normas de cualquier carácter y origen, e incluso las sentencias y resoluciones judiciales –lo que los anglosajones denominan genéricamente *law in the books*– nos concede un punto de referencia inobjetable a partir del cual nos resulta posible conjeturar sobre los fosos que se abren en la práctica entre el *ser* de la realidad y el *deber ser* del mundo de lo jurídico.

827

2. Desde la perspectiva de las presuntas ventajas de las que, debido a ello, podemos disfrutar los juristas, con respecto a los politólogos y demás observadores de la realidad social, la Constitución se nos aparece como la norma más problemática; y ello no sólo por carecer de cualquier asidero intermedio que se interponga entre ella y la voluntad política o, por mejor decir, las voluntades políticas plurales y contradictorias que

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

explican su proceso de gestación, sino porque ella misma está cuajada de conceptos que sólo se entienden a partir de las experiencias y de los conflictos políticos que los moldearon y les dieron su razón de ser. Si nos fijamos, por ejemplo, en el concepto de soberanía, y lo observamos como un *topoi* o lugar de encuentro entre la voluntad política primigenia y su traslación al plano de lo jurídico, entonces se nos vendrán a la cabeza los orígenes de la modernidad política y la absolutización del poder real; pero también pensaremos en aquello que se sitúa en las antípodas de dicho poder, es decir, en el proceso de afirmación del constitucionalismo y en la reformulación radical, si bien un tanto ambigua y contradictoria, de la idea de soberanía. En el fundamento de la legitimidad de la *maquinaria constitucional* asoma, pues, la cabeza de una construcción teórica concebida para resolver conflictos políticos, y cuya traslación al terreno de lo jurídico no es posible sin que la idea misma de soberanía no se vea sometida a tensiones y contradicciones que le son inherentes, y que sacan a la luz todas las servidumbres que el uso dogmático de ciertas palabras tiende a ocultar. Recordemos que en la construcción de Bodino había ocho “marcas de soberanía” irrenunciables (el derecho de legislar, el de decidir sobre la paz y sobre la guerra, el de nombrar a los altos dignatarios, el derecho supremo de justicia, el derecho a la fidelidad y a la obediencia, el derecho de gracia, el de acuñar moneda y el derecho a recabar impuestos), pero el verdadero atributo de la soberanía, nos dirá Bodino, es el primero de los relacionados, pues engloba a todos los demás: “Sous cette meme puissance de donner et casser la loi sont compris tous les autres marques et droits de souveraineté. De sorte que, à parler proprement, on peut dire qu’il n’y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celui-là”.

3. Si el verdadero atributo del poder soberano consiste en establecer las leyes y en anularlas cuando así le plazca a quien detenta la soberanía, el carácter esencial de la voluntad soberana cuajada en normas consiste en estatuir el elenco de conductas prohibidas y que pueden ser, por ello mismo, objeto de castigo. Desde cualquier costado que observemos la realidad jurídica de cualquier sociedad organizada, se nos aparece la capacidad de prohibir y el poder de castigar. Y tal atributo consustancial a la idea de poder es el presupuesto de la definición del Estado como

la organización que ostenta el monopolio de la coacción legítima, como nos explicó muy atinadamente Max Weber en su obra *La política como vocación*. Pues bien, frente a la realidad del poder y su terca predisposición a separar lo que se ajusta a la ley y lo que no, para establecer los castigos y sanciones correspondientes, hay en el constitucionalismo de todos los tiempos un empeño sostenido por someter a limitaciones dicha prerrogativa consustancial al ejercicio de poder soberano; o dicho de otro modo, una creencia en la capacidad de la razón para domeñar la voluntad y atemperar su tendencia a la arbitrariedad y al exceso. Fijémonos, por ejemplo, en la *Magna Charta Libertatum* concedida en 1215 a sus súbditos, bajo la presión de los barones, por el monarca inglés Juan Sin Tierra, y que es, para muchos, el punto de partida de las Declaraciones de derechos y de la propia idea de constitucionalismo: “Ningún hombre libre será castigado por un delito menor mediante pena que no sea adecuada al delito; y por un delito grave, la pena también será proporcional a la gravedad, sin que sea posible privar al reo de sus medios de subsistencia (...)”, se lee en la Cláusula 20, un principio que se reitera en la 21 para condes y barones, y que tiene una proyección genérica, que hoy llamaríamos procedimental, en la famosa Cláusula 39: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni recurriremos a la fuerza contra él, ni enviaremos a otros para que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial pronunciada por sus pares con arreglo a la ley de la tierra”. A partir de ahí, podríamos ir encontrando disposiciones de ese tenor en las Declaraciones que acompañan la práctica del constitucionalismo en Gran Bretaña (por ejemplo en la Petición de derechos de 1628, en la Ley de modificación del *habeas corpus* de 1679 o en el *Bill* de derechos de 1689, pero también, del otro lado del Atlántico, en el otro gran filón de experiencia constitucional a partir, por ejemplo, de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, en la que, a nuestros efectos, llaman la atención las estipulaciones VIII (“Que en todos los procesos criminales o de pena capital el acusado tiene derecho a conocer la causa y la naturaleza de su acusación, a ser confrontado con quienes lo acusan y los testigos, a aducir testimonios en su favor y a un juicio rápido por un jurado imparcial de hombres de su vecindad, sin

cuyo unánime consentimiento no podrá ser considerado culpable; y no se podrá obligar a nadie a declarar contra sí mismo; ni ningún hombre podrá ser privado de su libertad sino de acuerdo con el derecho del país y mediante el juicio de sus pares”); y IX (“Que no deberán exigirse fianzas excesivas, imponerse multas desproporcionada, ni infligirse castigos crueles o desacostumbrados”).

4. En las disposiciones que acabamos de reproducir se amalgama lo sustantivo con lo procedimental, sin que resulte fácil discernir qué importa más, si lo uno o si lo otro, o qué fue antes de qué. Expresan el modo de ser de un constitucionalismo que algunos llamamos *antiguo*, por haberse practicado y reafirmado en una época anterior a la del surgimiento de las Constituciones escritas. Por la profundidad de lo que ellas significan y por la ambición que denota su voluntad de cancelar el pasado e instaurar un *novus orduem seculorum*, estas últimas representan la gran cesura del decurso constitucional. Por eso la historia del constitucionalismo no es otra, para muchos, que la historia de las Constituciones escritas. Aunque a veces no se resalta lo suficiente que, del mismo modo que en los Estados Unidos había una larga tradición de derechos proclamados antes de la Constitución de 1787, también en Europa, y concretamente en la Francia revolucionaria, la operación constituyente tuvo como presupuesto la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, un texto que nos sitúa ya en el horizonte de garantías de las que hoy disfrutamos, aunque en una estación que nos puede resultar remota si la comparamos con los añadidos y las adherencias que el constitucionalismo asumió a raíz de la gran tragedia que supusieron las dos grandes guerras del siglo XX. Lo que la Declaración de 1789 tiene de innovador no deja de ser un tanto paradójico si lo contemplamos desde el punto de vista de lo que hoy podemos considerar como un trazo característico del constitucionalismo. Me refiero a la pretensión normativista que hoy impregna la idea de lo constitucional, una pretensión que a veces está en la base de la tendencia a olvidar el origen de la Constitución y las peculiaridades que necesariamente la acompañan en tanto que norma. Pues para la Declaración de 1789 no era tanto esto lo que importaba, sino rescatar la soberanía de la usurpación a la que se había visto sometida durante el Antiguo Régimen, y configurarla como un resorte con capacidad de

poner en marcha la capacidad de legislar para blindar después el producto como la expresión intangible de la voluntad general. La ley, no la Constitución, es lo que importa a la Declaración de 1789 y, por más que ello va a suponer un refuerzo de la mejor tradición racionalista, iluminista (y, por ende, humanista) del poder de castigar, no dejará de tener proyecciones y consecuencias indeseables también desde tal perspectiva.

5. No menos de once veces se recrea la Declaración en las virtudes de la ley, comenzando por ensalzarla como la única fuente apta para establecer limitaciones a la libertad (artículo 4). Con una dimensión específicamente penal, el artículo 5 indica el marco general de lo que puede y no puede prohibirse (sólo lo perjudicial para la sociedad); y los artículos 7, 8 y 9 enuncian los rasgos esenciales de los principios de legalidad (“Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada más que en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescribe”), de *lex previa* y de proporcionalidad de la pena (“La ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”), así como de presunción de inocencia (“Toda persona se presume inocente mientras no haya sido declarada culpable...”). A la altura de 1789, el constitucionalismo había incorporado en su código genético las exigencias de un poder de castigar compatible con los compromisos que se asumían simultáneamente de manera explícita; un punto de partida ciertamente prometedor, que también pudiera verse como el resultado de las esencias de un derecho penal civilizado, tal y como habían quedado expuestas tres décadas antes en el célebre pasaje de la obra de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, que tantas veces se cita: “toda pena para que no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”.

6. Las Constituciones asumieron con naturalidad tales o parecidos resabios garantistas, como si una cosa –redactar textos constitucionales– llevara aparejada la otra: proclamar derechos y establecer garantías. Un ejemplo paradigmático de ello lo hallamos en la Constitución de

Cádiz de 1812, un texto contradictorio y fascinante por tantas razones que, pese a repudiar por afrancesado el método de la Declaración de derechos como un *corpus* cerrado y sistemático, no dejó de vincular la administración de la Justicia y el ejercicio de la persecución penal al respeto de unas *formalidades* equivalentes a los derechos que ya nos son conocidos. Desde la perspectiva histórica, cada sistema punitivo es, por supuesto, un caso de estudio con tendencias y perfiles diversos, aunque, hablando en términos generales, no creo que sea exagerado constatar la existencia de un foso entre el programa de la Constitución y la realidad de una práctica punitiva en la que los planteamientos novedosos aparecían lastrados por la falta de decisión política a la hora de desarrollarlos y por las inercias y reminiscencias en los modos de administrar justicia propios del Antiguo Régimen. En España, desde luego, no parece que hasta las grandes reformas codificadoras de la Restauración, y en concreto hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aprobada precisamente cuando se cumplía el centenario de la Declaración de derechos francesa), sea posible hablar de un ejercicio del poder punitivo acorde con los requisitos y con las garantías que se mencionaban en la misma. Como tantas veces se resalta, más allá de los vaivenes políticos y cambios constitucionales, hay una tradición *guerracivilista* que hizo de nuestro siglo XIX un siglo turbulento y alejado de la normalidad política. Y con la crisis de la Restauración y la dictadura se exacerbaban las tendencias que habían empujado nuestro devenir colectivo hacia la suspensión de garantías, la criminalización de la disidencia política, y la intromisión del Ejército, y de la jurisdicción militar, en la salvaguarda de un “orden público” opaco a los derechos y utilizado como cláusula comodín para la defensa a ultranza del orden social y económico establecido.

7. A la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (CE), el encaje del Derecho Penal (como, por lo demás, el de las diferentes ramas del derecho) en las nuevas concepciones jurídicas exigidas por ella era una tarea pendiente de realizar. Lo que había cambiado en las décadas transcurridas desde el final de la Segunda Guerra Mundial era la cualidad de la Constitución; y de manera especialmente decidida en aquellos sistemas que incorporaron una jurisdicción constitucional con funciones diversas, pero entre ellas, y como competencia nuclear, la del control del

legislador, en un intento de terminar con el déficit de normatividad que había caracterizado desde siempre a los textos constitucionales, al menos en la experiencia europea. Las aspiraciones de la Constitución como norma paramétrica (*norma normarum*) y el afianzamiento del compromiso con la *fundamentalidad* de ciertos derechos, bajo el impulso de un Tribunal especializado, separado del Poder Judicial, y dotado de un estatuto constitucional del máximo relieve, transformaron todo el panorama. En lugar de garantías vaporosas y revocables al vaivén de las conveniencias políticas, valores superiores, principios normativos y derechos reconocidos como fundamentales. Se ha resaltado muchas veces cuánta importancia se le dio a desarrollar con celeridad las previsiones del Título IX para disponer del Tribunal que allí se preveía. Y en este contexto es oportuno recordar que la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional (la 2/1979, de 3 de octubre) fue publicada tan sólo unos días después de la Ley Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre), una ley a la que le cupo el honor de ser, en términos absolutos, la primera de las leyes orgánicas de la etapa constitucional.

8. La lógica de la interpretación jurídica de la Constitución no muda la peculiar naturaleza de esta norma, pero cambia la perspectiva de las lecturas. La CE trajo un Derecho Penal Constitucional contemplado expresamente en el texto, pero también un Derecho Penal que había que constitucionalizar. Y si lo primero puede describirse mirando a la CE, lo segundo es, y será siempre, un proceso en marcha y necesitado de “voluntad de Constitución”, por parte de legisladores, jueces y profesores. A la “legislación penal y penitenciaria” no hay más referencia expresa que la del artículo 149.1. 6, para reservarla a la competencia exclusiva del Estado. Es uno de los rasgos decididamente “anti-federales” de nuestro sistema que se refuerza mediante la reserva estricta de ley orgánica realizada en este ámbito mediante una técnica de trazo grueso, que no deja de suscitar interrogantes si atendemos a la literalidad del artículo 81 CE: “son leyes orgánicas *las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*”. Lo cierto es que, para el TC, la materia penal es materia de ley orgánica, lo que, en términos de lógica democrática, al menos tiene la ventaja de impedir intervenciones del legislador avaladas por mayorías que estén por debajo del umbral de la mayoría absoluta de los

miembros del Congreso. Más allá de esa referencia, el Derecho Penal de la Constitución se completa con preceptos que lo afectan directa y nuclearmente, como ocurre con el artículo 25 (legalidad penal y humanización de la pena) o de manera indirecta pero intensa; así, por ejemplo en el caso del derecho a la vida con prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 15), el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 17, con los condicionantes formales y materiales de la detención), el 24 (derecho a la tutela judicial efectiva y garantías durante la sustanciación de los procedimientos penales). Y también, sin realizar una enumeración exhaustiva, el 71 (inmunidad de diputados y senadores con imposibilidad de detención, salvo en flagrancia), y buena parte de los preceptos que integran el Título VI, dedicado al Poder Judicial, en lo que tiene de delimitación de las condiciones en las que debe desempeñarse la jurisdicción penal.

9. Pero siendo el derecho de la Constitución el “suelo” o la normatividad primaria con relación a las demás ramas del ordenamiento jurídico, lo decisivo es la impregnación del Derecho Penal de los valores y de los principios que estructuran nuestro sistema constitucional y le hacen ser como es. El nuestro es un Estado social y democrático de Derecho comprometido con la “centralidad” de la persona, con su dignidad y con sus derechos. Cada parte de esa concatenación de apelativos tiene concreciones en el propio texto de la CE. Pero con independencia de ello, es el punto de vista, la declaración de principio, que se pretende con alcance transformador o “performativo” lo que impone condicionamientos que afectan de lleno al modo de ser del Derecho Penal y a las formas en las que este se aplica. En este sentido, uno de los tópicos recurrentes es el que consiste en calificar a este último como la “Constitución en negativo”. Es una expresión que aparece por ejemplo en la Exposición de Motivos de lo que suele llamarse el Código Penal de la democracia, el aprobado en 1995: “Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, *hasta el punto de que, no sin razón, se*

ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse”.

10. En una época de acusado frenesí legislativo, que desafortunadamente afecta también de lleno al Derecho Penal, sería muy interesante examinar, para extraer consecuencias, cuáles son los tópicos que aparecen de manera recurrente en las Exposiciones de Motivos. Con lo de la “Constitución en negativo” no se sabe muy bien lo que se pretende decir, si se trata de una manera de justificar la restricción de la libertad que conlleva la normativa penal, o bien si lo que se pretende es resaltar las cualidades, por así decir, intrínsecamente constitucionales, que dicha normativa posee en el contexto de un Estado social y democrático de derecho. Si es lo primero, parece como si el Derecho Penal se situara en las antípodas de las pretensiones que alumbraron la ilusión constitucional. En positivo, se limita el poder para garantizar derechos. Y en el constitucionalismo de los derechos fundamentales, estos vienen a expresar la materialización jurídica de un ámbito de libertad natural que empuja en la dirección, no diré de saltar por encima del catálogo establecido en la Constitución, pero sí de aceptar *prima facie* como expresión de ellos formas de ejercicio del libre actuar de cada cual. Como es bien sabido, en Alemania, el compromiso con el “libre desarrollo de la personalidad” que aparece en el artículo 2 de la Constitución, ha sido decisivo para ensanchar los contenidos de los derechos fundamentales y conferir, de paso, al Tribunal Constitucional un protagonismo en la creación de “nuevos derechos” que la doctrina no acepta de manera pacífica. En España también tenemos la fórmula del libre desarrollo de la personalidad, pero aparece un tanto desplazada por la idea de dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social con la que se abre, en el artículo 10.1, el Título dedicado a los derechos y deberes fundamentales. El acusado carácter jerárquico que tiene nuestra declaración de derechos, consecuencia de un escalonamiento de garantías (artículo 53 CE) que

empuja a admitir como fundamentales unos derechos –los amparables por el Tribunal Constitucional– y a desterrar los otros al limbo de las categorías equívocas, ha hecho que la fórmula del libre desarrollo de la personalidad, a diferencia de la de la dignidad de la persona, apenas haya tenido esbozos interpretativos en la jurisprudencia del TC. El debate se ha desplazado más bien hacia los significados del derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17.1. Y en esto la jurisprudencia del TC no ha podido ser menos imaginativa: el derecho a la libertad, en el contexto de dicho artículo, no significa nada más (y nada menos) que el enunciado genérico de las garantías que el propio artículo desglosa a renglón seguido; esto es, la garantía de que la privación de libertad se realizará sólo en los casos previstos en la ley y respetando las exigentes condiciones restrictivas que aparecen en los Apartados 2 a 4 del artículo 17.

11. La doctrina se ha ocupado de indagar cuáles son las consecuencias de concebir la libertad y el libre desarrollo de la personalidad como auténticos derechos individuales o, cuando menos, como fórmulas con un profundo significado jurídico. No entraré ahora en el debate sobre el carácter cerrado o abierto de nuestra declaración de derechos y en los problemas que ello plantea desde el punto de vista de cómo surgen los derechos en el devenir constitucional y qué “espaldarazos” o confirmaciones necesitan para ser admitidos y calificados, con todos los honores, como derechos fundamentales. Es un debate que me parece que no puede deslindarse de lo que supone para el elenco de los derechos proclamados en sede interna la superposición de Tablas y Declaraciones, con sus correspondientes mecanismos e instancias jurisdiccionales de garantía, más allá del Estado. En lo que sí hay que entrar, porque ello afecta de lleno al alcance de la potestad punitiva, es en los requisitos que resultan consustanciales al constitucionalismo de los derechos cuando se trata de coartar, de la manera más extrema, la libre determinación de la conducta. En ese sentido se ha hablado de una especie de norma de clausura del sistema de los derechos que, con un enunciado de reminiscencias dieciochescas, podría expresarse así: “toda conducta individual está permitida a menos que venga prohibida por una norma que sea conforme con los cánones de constitucionalidad desde el punto de vista material y formal”. Ello es, por lo demás, expresión de la interdicción general de la arbitrariedad de

los poderes públicos que aparece en el artículo 9.1 de la Constitución. Y a efectos prácticos conlleva que la norma que tipifique como delito una conducta concreta, estableciendo una sanción, ha de tener justificación constitucional suficiente, de manera que no sólo tendrá que demostrar que la finalidad que persigue es la defensa de un bien constitucional digno de protección, sino también acreditar que la forma en la que se concreta la tipificación de dicha conducta, y la sanción correspondiente, no incurrir en sí mismas, ni producen, desproporción. Como es sabido el constitucionalismo contemporáneo ha acabado por hacer del test de proporcionalidad un canon hermenéutico de proyección universal a cuyo socaire ha ganado consistencia la defensa de los derechos en sede jurisdiccional. En España, tras unos inicios titubeantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dicho principio ha acabado por adquirir unos perfiles bastante nítidos, lo que no significa que los conflictos entre derechos fundamentales, o los que provienen de actuaciones de los poderes públicos que los limitan en la práctica, sean siempre conflictos de desenlace previsible. El canon de la proporcionalidad es sólo eso, pero nada menos que eso: una estructura para la argumentación jurídica que condiciona sin predeterminarlo el modo de resolver las controversias que se plantean en el ámbito de los derechos fundamentales. Y cuando es el legislador quien se encuentra en el núcleo del conflicto, porque lo que se haya en entredicho es el resultado mismo de su obra, entonces los tribunales que poseen la facultad de controlar la constitucionalidad de la ley, suelen combinar el expediente de la proporcionalidad con otros principios de la interpretación constitucional, como son los de presunción de constitucionalidad de la ley o el de la interpretación conforme, en un intento de atemperar la fortísima relevancia política de dicha facultad de control. En favor del *self-restraint* jurisdiccional hay un consistente argumento democrático y, desde luego, en España, si contemplamos retrospectivamente los 40 años de control de constitucionalidad de las normas penales, creo que no es exagerado afirmar que este ha funcionado de manera en extremo mesurada, y bajo la lógica de la deferencia hacia el legislador, sobre todo cuando el objeto del control, en vía directa o incidental, han sido normas aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución. Aplicando el canon de proporcionalidad para deducir la inconstitucionalidad de la ley, no viene

a la memoria más decisión que la STC 136/1999, una sentencia que versaba sobre la tipificación del delito de colaboración con banda armada en el Código de 1973 y en el que la duda se refería a la imposibilidad de establecer una gradación de la pena en función del tipo de colaboración prestada. La norma penal –se lee en dicha sentencia– no debe producir “un patente derroche de coacción que convierte la norma en arbitraria y (...) socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”.

12. Pero decíamos antes que el tópico del Derecho Penal como Constitución en negativo, era también susceptible, si se me admite la paradoja, de una lectura en positivo. Leído así, la construcción del Derecho Penal refleja lo mejor de una tradición racionalista, iluminista y centrada ahora en la dignidad de la persona, como un atributo intangible de ella, de todas las personas y en garantía de todas las personas. Desde la reconstrucción del universo jurídico (y en cierto modo también político) posterior a la Segunda Guerra Mundial, la dignidad de la persona es el concepto clave, en torno al cual se elaboran una serie de construcciones dogmáticas sobre las esencias de ese derecho primario que es el Derecho Constitucional y, de reflejo, sobre los límites y los imperativos a los que tienen que atenerse las ramas secundarias del ordenamiento jurídico, comenzando, desde luego, por el Derecho Penal, como derecho de la coacción por antonomasia. Un derecho de la coacción legítima, no de la violencia infundada o injustificada y, por ende, un derecho que actúa, como se ha dicho, de muro de contención contra los excesos y entusiasmos punitivos; un derecho, en definitiva, de las garantías, de las formas y de la medida. Precisamente, el *garantismo* representa hoy todo un modelo normativo, no ya para hallar el lugar del Derecho Penal en el mapa de lo constitucional, sino para sentar las bases de una filosofía jurídica y política que se toma en serio la realización de los derechos fundamentales y aporta, por ello, al constitucionalismo nuevos sesgos relacionados con las tareas del gobierno, más allá de las limitaciones del poder, imponiendo a este cargas de justificación, y a las normas requisitos de validez que van más allá de su vigencia. Bajo el paradigma garantista, el Derecho Penal se nos aparece como un exigente derecho que minimiza la violencia y maximiza la libertad situando el poder de castigar en los contornos que le

corresponden cuando el punto de vista, y el sustrato que da fundamento a todo, radica en los valores superiores positivizados en la Constitución: dignidad, pero también libertad, igualdad, justicia, pluralismo; y además, en una especie de cascada descendente mediante la cual se va concretando el Estado social y democrático de derecho, los principios estructurales (todos los del artículo 9, en cada uno de sus Apartados sobre normatividad de la Constitución, remoción de las desigualdades y “cultura” y realización del Estado de Derecho, el 10.2, sobre la apertura al derecho internacional de los derechos, por citar algunos) y los derechos fundamentales, entendidos como derechos subjetivos y como orden objetivo de valores. Todo ello, junto a las disposiciones que disciplinan y limitan el poder de castigar, da sentido a las construcciones dogmáticas que reflejan la mejor tradición del Derecho Penal como derecho constitucionalizado: legalidad, intervención mínima y *ultima ratio*, culpabilidad, *non bis in idem*, proporcionalidad, humanidad, personalidad de la pena y resocialización, por indicar sólo algunas de las señas que lo caracterizan.

13. En las antípodas de una construcción como la que acabamos de esbozar, el “Derecho Penal del enemigo”, se nos aparece como una *survivance schmittiana* que exacerba la necesidad de prevenir y el poder de castigar, operando una divisoria radical entre las personas dignas y los delincuentes indignos, estos últimos situados, por su conducta, o por su potencial peligrosidad, extramuros del pacto constitucional. Los atentados de 2001 en territorio estadounidense y el acoso sostenido desde entonces por el terrorismo de matriz integrista islámica, ha dado ínfulas a ponderaciones, digamos estructurales, entre los valores de la libertad y la seguridad, que realzan esta última al extremo de desvirtuar los fundamentos sobre los que se asienta el Estado Constitucional. La creación de nuevas figuras concebidas para eludir las restricciones del Derecho penal humanitario, los intentos de conferir apariencia de derecho a prácticas aberrantes, y la creación de espacios permanentes de excepción, en una especie de oxímoron jurídico, son algunas de las consecuencias que se han incorporado al legado de estas primeras décadas del siglo XXI. Pero junto a ello, el empeño por sostener el Estado de derecho en la lucha contra el terrorismo, en instancias globales (Naciones Unidas), supranacionales (Consejo de Europa) y de integración (Unión Europea), también han

dejado, con sus luces y sus sombras, huellas que son un referente en contra del exceso y del deslizamiento hacia el “a como dé lugar” a la hora de plantar cara al terrorismo. En ese mismo empeño se inscriben también ciertas decisiones de relevantes órganos jurisdiccionales, internos y de carácter supranacional, que invitan a redoblar el reconocimiento hacia las virtudes del Estado de derecho.

14. La obsesión por la ley y el principio de legalidad, propia del constitucionalismo, al menos en la versión “europea” o “continental”, de la que nosotros procedemos, cuajó en el movimiento codificador, que inició su andadura en las primeras décadas del siglo XIX. La positivización del derecho mediante Códigos y la aplicación imparcial de las normas por jueces independientes fueron considerados como una especie de *summum* de las aspiraciones que puso en marcha la revolución constitucional. Obviamente entre el constitucionalismo y el positivismo codificador hay una tensión que tendió siempre a resolverse en detrimento de la efectividad de los derechos “proclamados” en sede constitucional pero dejados luego al albur de la libérrima voluntad política para dotarlos de contenido. Pero con independencia de ello, hay algo en la codificación que tiene mucho que ver con el principio de legalidad, entendida como *lex certa*. Previsión legal y certeza jurídica son principios que, convenientemente actualizados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera inexcusables para que pueda producirse una injerencia legítima en los derechos reconocidos en el Convenio. Tales principios son, desde luego, especialmente importantes en materia penal, y eso explica que, tras la entrada en vigor de la Constitución, se hicieran patentes las falencias de un código punitivo que era anterior a ella. La jurisprudencia de los Tribunales situados en el vértice del organigrama —el Supremo y el Constitucional, desde luego, pero también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— resultó decisiva, tanto en los aspectos sustantivos como en los procedimentales, para acomodar, en lo posible, la legislación a las exigencias constitucionales. La aprobación de la Ley Orgánica 10/1995 (el ya mencionado “Código Penal de la democracia”) fue considerado, por ello, como un gran logro tanto en lo político como en lo jurídico. La anomalía es que, en los 24 años que han transcurrido desde entonces, parece como si hubiéramos ingresado en una lógica punitiva que ha dejado de lado las aspiraciones de certeza y

aquietamiento propias de la codificación, para deslizarse en un marasmo de reformas que, en la gráfica expresión de algún autor, ha asestado un golpe de muerte a la cultura garantista, conduciéndonos, de la mano de cierto populismo punitivo que parece gozar de excelente salud, a una especie de nueva Edad Media. Ciertamente más de 30 reformas del Código Penal en 24 años denotan un frenesí legislativo al servicio de la pura contingencia política que permite cuestionar qué es lo que queda de los principios estructurales del Derecho punitivo que se asentaron desde la Ilustración.

15. Por su propia naturaleza cada reforma penal es susceptible de producir una incidencia profunda y directa sobre el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. En el Código Penal (artículo 20.7), el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho es una de las causas de exención de responsabilidad. El legislador debería cuidarse mucho de fomentar, mediante tipificaciones defectuosas por excesivas o indeterminadas —es decir vulneradoras del principio de taxatividad— conflictos permanentes causados por conductas que puedan aparecer a la vez como delictivas y como ajustadas a los márgenes de lo que la titularidad del derecho permite. Una cosa y la otra son incompatibles; si hay ejercicio de un derecho no puede haber actuación delictiva y, a la inversa, un acto delictivo jamás podrá presentarse como perteneciente a la esfera de la conducta posibilitada por el reconocimiento del derecho. A propósito del conflicto entre derechos fundamentales, típicamente el derecho al honor frente a la libertad de expresión, cuando ello está en la base de un litigio penal, la jurisdicción se enfrenta cada día con ese dilema. Y el Tribunal Constitucional tiene sobre el particular una rica jurisprudencia, surgida a menudo en amparos del artículo 44 de la LOTC, en los que, contraviniendo la aparente prohibición de entrar en el fondo del asunto, revisa con lupa las ponderaciones realizadas por el juez ordinario en las sucesivas instancias. El contenido constitucionalmente garantizado de un derecho resulta, pues, no sólo inmune frente al legislador (sobre el particular puede verse la STC 235/2007, *caso cuestión de inconstitucionalidad sobre el delito de negación del genocidio*), sino también frente a ponderaciones que caigan indebidamente del lado de la penalización. Obviamente la decisión al respecto corresponde a quien tiene la última palabra, esto es, al Tribunal Constitucional, y sería ingenuo pretender que la regla mediante la cual

el ordenamiento intenta asegurar la supremacía interpretativa del mismo (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) sirva para suprimir (o atenuar) el carácter esencialmente *difícil* de muchos de los casos.

16. Lo que resulta llamativo es que el contraste de pareceres se produzca entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eso es lo que ha venido ocurriendo entre nosotros a propósito de la aplicación de un tipo penal que resulta en sí mismo problemático por confluir, directa y nuclearmente, con el ejercicio de la libertad de expresión, y a veces por parte de personas que ostentan cargos públicos representativos. Me refiero al delito de injurias al rey (artículo 490.3 del Código Penal), incluido desde 1995 en el Capítulo II (delitos contra la Corona) del Título XXI (delitos contra la Constitución). De entrada el TEDH ve con bastante cautela la protección penal, específica y reforzada (al estilo del delito de lesa majestad), de la figura del jefe del Estado; en este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, en el asunto *Eon contra Francia*, en el que Francia resultó condenada a propósito de la publicación de unos comentarios satíricos sobre Sarkozy, que fueron objeto de una condena penal. En España tenemos una trilogía de casos que inició en 1992 con la condena en el asunto *Castells contra España*, prosiguió en 2011 (caso *Otegui Mondragón contra España*) y ha culminado por el momento en 2018 con el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera contra España*. Declaraciones o actos expresivos que para los jueces españoles, incluido los de la mayoría del Tribunal Constitucional, revestían un carácter delictivo, fueron considerados en Estrasburgo como formas legítimas de crítica política que acarrearón una respuesta por parte de las autoridades españolas desproporcionada y desajustada a las necesidades de una sociedad democrática. En un escenario de tutela multinivel de los derechos, las discordancias y los desacuerdos entre los tribunales están en la “naturaleza de las cosas”. Y esa es la razón por la cual se postula el diálogo y la “fertilización jurisdiccional entrecruzada” como vías que propendan a evitar un contraste frontal e irreversible que cuestione los fundamentos en los que se apoya la lógica de la pluralidad de reconocimientos de derechos y sedes de protección. El último de los casos citados nos parece, en este sentido, especialmente preocupante pues denota un desencuentro profundo entre el TC y el TEDH. La mayoría de los jueces

del TC, en la Sentencia 177/2015, a propósito de la quema pública de un retrato de los reyes como culminación de una manifestación independentista, no apreció vulneración de las libertades de expresión o ideológica (y por tanto respaldó las condenas penales) con una *ratio decidendi* que equivale a una interpretación extensiva del tipo penal, por considerar que la quema había que encuadrarla dentro de una categoría de discurso, la del discurso del odio, que en modo alguno se corresponde con lo que se tiene por tal ni en el TEDH ni en otras instancias oficiales que se dedican a combatirlo, tanto en el seno del Consejo de Europa como en el de la Unión Europea. El larguísimo y sinuoso artículo 510 del Código Penal (en la versión resultante de la reforma de 2015), que es el que persigue la incitación al odio, es, por cierto, un ejemplo de libro de tipificación imprecisa, excesiva, de dudosísimo encaje en los esquemas de un sistema que garantiza la libertad de expresión e incompatible con las exigencias de un Derecho Penal garantista y eficiente.

17. La sociedad española se ha visto envuelta en debates que dividen profundamente a la sociedad y que revisten a la vez un carácter penal y constitucional. Así sucedió en su momento a propósito de la despenalización parcial del aborto en 1983, un debate que se zanjó con la STC 53/1985, en la que el Tribunal respaldó la despenalización y exigió al legislador que mejorar la factura técnica de la ley, como finalmente se hizo, para superar el canon de constitucionalidad. El cambio operado en esta materia mediante la LO 2/2010, desde un sistema estrictamente de indicaciones, a uno combinado, de plazos e indicaciones, fue objeto de un Recurso de Inconstitucionalidad que, 9 años más tarde, continúa pendiente de sentencia. Algo debería de hacerse para evitar que el Tribunal Constitucional, en rigor ningún Tribunal, pueda disponer libérrimamente de su agenda, hasta el extremo de congelar ciertos temas que pueden resultarle espinosos dilatando una respuesta que el transcurso del tiempo hace cada vez más inútil. La reforma del Código Penal de 2015 trajo entre otras muchas novedades la introducción de la pena de prisión permanente revisable. Este aspecto de la reforma ha sido objeto de un Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por comisionados de 6 Grupos Parlamentarios. Cualquiera que esté interesado puede ver los argumentos —que en su mayor parte comparto— esgrimidos en el recurso,

pues está disponible en la red, y hay que felicitarse de que ello sea así en aras de la calidad del debate público. Como hemos apuntado, el TC se ha mostrado siempre renuente a “enmendar la plana” al legislador cuando se trata de la decisión sobre aspectos esenciales de la política criminal. Quizá el *leading case* al respecto sea el de la penalización de la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, resuelto en la STC 161/1997. Pero con independencia de ello, lo que puede decirse en términos puramente de interpretación constitucional es que cualquier Constitución combina prohibiciones cerradas de hacer con mandatos de actuar igualmente cerrados e imperativos. Y también reconoce derechos con márgenes más o menos amplios de indeterminación e instituye garantías. En la lengua del derecho, suele decirse que es un combinado de reglas y principios; y en la dogmática del constitucionalismo de aceptación más generalizada, que la Constitución debe ser tenida más como un marco para el libre despliegue de las distintas opciones políticas que como una especie de vivero concentrado en el que se halla el germen de todos los desarrollos futuros. Dicho lo cual, y con mirada desprejuiciada, conviene leer el artículo 25.2 CE en su punto de arranque: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. Ese es el lenguaje de una regla, no el de un principio que se formule con textura abierta a las configuraciones imprevisibles del futuro y necesitado para cumplir su normatividad de modulaciones y ponderaciones *ad casum*. La regla constitucional consiste en vincular la pena al cumplimiento de unos objetivos: la reeducación y la reinserción. La prevención y la retribución son ciertamente objetivos del sistema de penas y medidas de seguridad que se establecen en la legislación penal, pero con respecto a los cuales la Constitución guarda silencio. Eso significa que han de ser buscados *en el marco* de la Constitución, sin contravenirla, pero respetando en todo caso el condicionamiento que impone el vínculo que dicha regla establece entre la pena y sus objetivos. Así planteado, el debate constitucional puede versar sobre cuáles son los medios más idóneos para lograr tales objetivos, teniendo en cuenta las disponibilidades, es decir, dentro de unos márgenes de acción que admiten fórmulas diversas a discreción de quien tiene la responsabilidad de decidir la política penitenciaria. Pero lo que la regla constitucional no

admite, por amplia que sea la discrecionalidad del legislador, es bascular la finalidad de la pena desde la reeducación y la reinserción hacia la retribución y la prevención. Y eso es precisamente lo que hace la llamada prisión permanente revisable: un medio punitivo que contempla primero la retribución, mediante el establecimiento de unos durísimos e ineludibles mínimos de cumplimiento, y devalúa la reeducación y relega la reinserción sometiéndola a condiciones que resultan abiertamente contrarias, por retorcer su sentido, a la regla constitucional.



Bibliografía

1. Del llamado constitucionalismo *antiguo* y sobre su relevancia para el surgimiento de Cartas y Declaraciones de derechos que preludiaron el significado actual de estos, me he ocupado *in extenso* en mi libro *Derechos fundamentales y Constitucionalismo*, México, Porrúa, 2014. Puede verse también la excelente Recopilación de textos a cargo de A. Mariani y U. Vincenti, *Le Carte Storiche dei Diritti*, Pisa, Pisa University Press, 2013.
2. La cita de Bodino está tomada de la edición de *Lex Six Livres de la République*, a cargo de Gérard Mairet, que está disponible en la red en el marco de la colección “Les classiques des sciences sociales” (<http://classiques.uqac.ca>). Y la de Beccaria, de la edición de *De los delitos y de las penas*, publicada por Aguilar, en 1979, en la traducción de Francisco Tomás y Valiente.
3. Sobre la Declaración de 1789 y el valor del principio de legalidad, Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Cívitas, 2009.
4. Sobre la conexión del Derecho Penal con los principios de la Ilustración, la recepción en la Constitución de Cádiz y los grandes rasgos de la evolución del mismo durante el siglo XIX, Ignacio Berdugo, *Reflexiones penales desde Salamanca. “Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana”*, Madrid, Iustel, 2018. Y sigue siendo obligada también la referencia al libro de Manuel Ballbé, *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1984.
5. Sobre la creación del Tribunal Constitucional y su contribución decisiva para el asentamiento del sistema constitucional en España, puede verse ahora el libro coordinado por Miguel Beltrán de Felipe y Daniel Sarmiento, *Un Tribunal para la Constitución*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017.

6. *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant, 2015, es el título del completísimo recorrido colectivo que, coordinado por Gonzalo Quintero y Jordi Jaria, trata bajo diferentes aspectos las conexiones explícitas e implícitas entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal. En líneas generales, resulta también muy útil el trabajo de Luis Roca de Agapito, “La legitimación de la sanción penal por la Constitución española de 1978”, en Ramón Punset y Leonardo Álvarez (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, Madrid, Universidad de Oviedo/Cívitas/Thompson Reuters, 2018, pp. 257 a 278. Y he consultado también Gonzalo Rodríguez Mourullo, “La consagración constitucional del principio de culpabilidad”, en Benigno Pendás (dir.) *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Madrid, CEPC, 2018, vol. II, pp. 1331 a 1342
7. Amplias referencias a la idea de “Constitución en negativo” y sus implicaciones, pueden encontrarse en el trabajo de Eduardo Demetrio Crespo “Constitución y sanción penal”, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 1 (2013), pp. 57 a 110.
8. Sobre el frenesí legislativo, producto de un populismo punitivo que parece que no tiene fin, con referencia al retorno de la Edad Media, que cito en el texto, Fermín Morales Prats, “Represión penal y Estado de derecho cuatro décadas después”, en F. Morales, J.M. Tamarit y R. García Albero, *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor, Aranzadi/Thompson Reuters, 2018, pp. 189 a 205.
9. La referencia a la norma de clausura de nuestro sistema de derechos fundamentales está tomada de Luis Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8 (2000), pp. 429 a 468
10. Sobre la proporcionalidad como canon interpretativo de alcance universal, puede verse Matthias Klatt y Moritz Meister, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, México, UNAM, 2017. Y también Aaron Barak, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017.
11. Un extenso comentario de la sentencia 136/1999 (*caso Mesa Nacional de HB*), en J. M. Bilbao Ubillos, “La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58 (2000), pp. 277 a 342.
12. Sobre garantismo, la referencia es, naturalmente, Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989. Una crítica del propio Ferrajoli al llamado “Derecho Penal del enemigo” puede encontrarse en el artículo de su autoría “El derecho penal del enemigo”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, 57 (2006), pp. 3 a 10. Tiene mucho interés el volumen colectivo, coordinado por Isabel Martínez y Carlos Daza,

Derecho penal del enemigo y derechos humanos, México, Ubijus, 2015.

13. El problema del choque entre la aplicación de la ley penal y el ejercicio de derechos fundamentales es el objeto de la monografía de Juan Ignacio Ugartemendía, *La eficacia justificante de los derechos*, Valencia, Tirant/IVAP, 2003
14. En lo que se refiere a la tutela multinivel de derechos y el diálogo entre tribunales, remito a Rafael Bustos, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012. La expresión “fertilización judicial entrecruzada” está tomada del trabajo seminal de Anne-Marie Slaughter, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 44 (2003), pp. 191 a 219.
15. Las condenas de España ante el TEDH en los casos *Castells* y *Otegui Mondragón* son objeto de sendos Capítulos a cargo de Joaquín Urías (“Castells c. España: la libertad de crítica política veraz”) y Teresa Montañés (“Otegui Mondragón c. España: el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo”), ambos en el libro coordinado por R. Alcácer, M. Beladiez Y J.M. Sánchez Tomás, *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas/Thompson Reuters, 2013, pp. 557 a 585 y 613 a 640, respectivamente. En general, sobre el discurso del odio, puede verse el libro colectivo que tuve el honor de coordinar, *Libertad de Expresión y Discursos del Odio*, Alcalá, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2015; y específicamente sobre los problemas constitucionales que plantea la actual regulación del artículo 510 del Código Penal, remito a mi trabajo “El discurso del odio: entre la trivialización y la hiperpenalización”, en Adela Cortina y Miguel Revenga, *Sobre el discurso del odio*, Madrid, Círculo Cívico de Opinión, 2018, pp. 25 a 40.
16. Finalmente, la cuestión de la prisión permanente revisable, con una aproximación sumamente crítica, es el objeto de la monografía de María Acale, *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Madrid, Iustel, 2016

De los derechos a la igualdad y a no sufrir discriminación a la definición paritaria de la ciudadanía

✉ BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ*

1. Introducción

Las democracias contemporáneas siguen teniendo pendiente operar una redefinición genuinamente democrática de la ciudadanía, una redefinición que la vincule efectivamente a la capacidad autonormativa de toda la población. Para ello se hace preciso poner en marcha, más que una simple reforma, todo un proceso de transformación paritaria. Dicho proceso ha de empezar por superar la retórica moderna de la igualdad y la libertad, base de la construcción de una ciudadanía excluyente, diseñada a la imagen y semejanza del núcleo de población que asumió las riendas del tránsito a la modernidad política: los individuos considerados fenotípicamente varones, de raza caucásica, formación cristiana, heterosexuales y burgueses. Es a ellos a quienes responde el perfil de esas míticas igualdad y libertad, pilares de la ciudadanía moderna y de los derechos que le dan contenido. El resultado de asumir una y otra como valores fundacionales del Estado es la prevalencia estructural en él de ese núcleo de población, su capacidad de controlar las reglas del juego llamado democrático, un juego estructuralmente marcado por relaciones de poder.

Para algunos de los colectivos excluidos, la ilusión de igualdad y de libertad trajo consigo la ilusión de poder acceder al núcleo de poder de

* Profesora Titular en la Universidad de Sevilla.

la ciudadanía. A otros, sin embargo, dicha posibilidad les era vedada en términos identitarios. Es notoriamente el caso de las mujeres. Para ellas, además, la exclusión tiene contenido fundacional. Y es que para poner en escena su pertenencia a la ciudadanía democrática, como individuos libres e iguales, para poder protagonizar como tales el contrato social, origen mítico del Estado moderno, los varones hubieron de protagonizar también un contrato sexual de fraternidad, por el que las mujeres quedaban excluidas de esa ciudadanía democrática (PATEMAN, 1988). De su mano, el contrato social se articuló sobre las dicotomías que alimentan ese Estado: de un lado, la ciudadanía, entendida en términos participativos, como ciudadanía pues activa, quedaba asociada a lo público, lo fuerte, lo racional, lo independiente, todo ello identificado con lo masculino; de otro lado quedaba la llamada “ciudadanía pasiva”, oxímoron con el que se hace referencia, eufemísticamente, a la exclusión ciudadana de las mujeres, asociadas a lo doméstico, lo débil, lo irracional o emocional, lo dependiente (lo relativo a la gestión de dependencias), identificado todo ello con lo femenino. A través del contrato sexual, las mujeres, el polo femenino de estas dicotomías, se convirtieron desde la periferia en sostén de los valores modernos de igualdad y libertad, en su envés, su negación al tiempo que condición para su construcción teórica y disfrute efectivo por los varones (AMORÓS, 2000: 152).

La discriminación de las mujeres trae causa de ese contrato social-(hetero)sexual (WITTIG, 1992), de la construcción sexuada de la ciudadanía que de él resulta. Es, por tanto, elemento fundacional del Estado¹. Entender esto es esencial para entender el fenómeno discriminatorio que padecen las mujeres. Para ello, es preciso comenzar por tomar conciencia de que la discriminación no es una vulneración más del derecho a la igualdad, de que no es cualquier diferencia de trato carente de justificación suficiente, sino una vulneración agravada del mismo, de consecuencias especialmente perniciosas en términos democráticos. Y es que hablar de discriminación es hablar de diferencias de trato, no entre individuos

1 La discriminación de las mujeres no es necesariamente la única con raíces fundacionales dentro del Estado. Basta pensar en Estados esclavistas, forjados sobre la negación de la personalidad de ciertos colectivos (Fraser & Gordon, 1994: esp. pp. 97 y ss.).

sin más, sino entre colectivos sociales, fruto de desequilibrios de poder entre ellos. Es hablar de diferencias que se erigen a su vez en causas que retroalimentan esos desequilibrios y sitúan a quienes pertenecen a determinados colectivos en posición de prevalencia sobre quienes pertenecen a otros. Hablar de discriminación es, pues, hablar de dinámicas intergrupales, de relaciones de poder entre colectivos sociales que permiten a algunos mantener a otros en estado de subordinación ciudadana, de *subordiscriminación* (BARRÈRE, 2008: 45). Cuando nos enfrentamos a supuestos de discriminación nos enfrentamos por tanto, no a situaciones aisladas, inconexas, sino a manifestaciones de un fenómeno de dimensiones colectivas y raíces estructurales. En algunos casos, como el de las mujeres, ese fenómeno tiene, además, relevancia fundacional, erigiéndose en piedra de toque del Estado tal y como lo conocemos.

Concebido así el fenómeno discriminatorio, resulta evidente que el derecho a la igualdad tiene escaso recorrido en la lucha contra él. Lo tiene en la medida en que la igualdad se mide en relación con parámetros predefinidos por el núcleo de ciudadanos que detentan el poder. Esto afecta ante todo a la igualdad formal o de trato, pero también a la búsqueda de la igualdad material mediante el reconocimiento y superación de diferencias fácticas, si fuera preciso a través de acciones afirmativas. Afecta a la búsqueda de la igualdad material en la medida en que ésta se entiende como igualdad de oportunidades, y que éstas también toman como referencia un marco ciudadano predefinido por y para los varones. Afecta incluso a lo que Silvina Álvarez llama igualdad, no de oportunidades, sino de opciones. Si hablar de oportunidades pone el foco en los condicionantes sociales que pueden afectar a la realización de ciertos fines, hablar de opciones lo pone en la relación que personas concretas tienen con esos fines, en los cursos de acción para alcanzarlos que cada cual reconoce como posibles para sí. No todas las personas perciben todas las oportunidades como verdaderas opciones (ÁLVAREZ, 2014: 68-69). Las mujeres, en concreto, no siempre las perciben como opciones relevantes, o no en la misma medida que los varones. Reivindicar la igualdad de opciones nos permite pues comprender y enfrentarnos mejor a la dimensión estructural de la discriminación de las mujeres, a sus raíces fundacionales. Al igual que las oportunidades, con todo, también las opciones están ancladas en

esas raíces, restringidas a un marco ciudadano predefinido por y para varones, que estructuralmente marca oportunidades y opciones a su favor. Democratizar unas y otras ha de pasar, pues, por redefinir ese marco, por tomar consciencia de que la lucha contra la discriminación de las mujeres es una lucha por una redefinición genuinamente democrática de la ciudadanía.

Las reflexiones precedentes nos trasladan a lo que se conoce como “dilema Wollstonecraft”, el dilema que Mary Wollstonecraft definiera a finales del siglo XVIII, y que revela como problemáticas las dos vías que las mujeres tienen a su disposición para acceder a la ciudadanía, la vía de la igualdad y la de la diferencia. La igualdad implica extender a las mujeres los derechos que los varones han diseñado para sí, los que definen la ciudadanía masculina. La diferencia implica reclamar para las mujeres el reconocimiento de capacidades, intereses y necesidades específicamente femeninas, en la medida en que se definen como diferentes a las de los varones. El problema es que una y otra vía erigen a los varones, a sus necesidades, intereses y capacidades, en punto de referencia ciudadano, reafirmando los como estándares incuestionables a los que las mujeres aspiran a equipararse, o frente a los que pretenden afirmarse. El problema es, en palabras de Carole Pateman, que ambas vías permanecen ancladas en los confines del patriarcado, convirtiendo el acceso de las mujeres a la ciudadanía en un objetivo imposible de alcanzar (PATEMAN, 1989: 196–197).

A la luz de este dilema nos encontramos con que tomarnos en serio la redefinición de la ciudadanía en términos paritarios nos obliga a algo más que esgrimir el discurso de los derechos, de la igualdad y la no discriminación. Nos obliga a identificar qué derechos y en qué situaciones tienen relevancia estratégica para operar dicha redefinición, y a priorizar su reivindicación y tutela. No hacerlo trae consigo el riesgo de convertir a los derechos, no en remedios contra la discriminación, sino en medidas paliativas contra algunos de sus síntomas. Desvinculados de un horizonte de redefinición paritaria de la ciudadanía, los derechos pueden incluso reafirmar su construcción sexuada, al tiempo que incrementan la ya copiosa normativa antidiscriminatoria, el “bosque legal” (PÉREZ y FERNÁNDEZ, 2009) existente en la materia. Los derechos corren así el

riesgo de funcionar a modo de anestesia de la capacidad de las mujeres de definir sus propios parámetros ciudadanos, proyectando una imagen de *pseudoigualdad*² normativa, y actuando al hacerlo a modo de “fármaco, al mismo tiempo veneno y cura” (PITCH, 2008: 119), sin capacidad para incidir en las raíces del mal que se pretende erradicar.

Frente a este escenario, se hace preciso utilizar los derechos como instrumentos al servicio de un modelo de ciudadanía paritaria, un modelo integrador que renuncie a mitos fundacionales y construcciones dicotómicas en términos de sexo-género. Este modelo deja atrás los mitos de la libertad y la igualdad para abrazar nuestra autonomía, nuestra capacidad autonormativa, como principio democrático básico, asumiéndola junto a nuestra realidad relacional e interdependiente como clave de bóveda de todo Estado que aspire a ser democrático, en línea con las premisas desarrolladas por la ética del cuidado (GILLIGAN, 1982³). Una autonomía que, para ser efectivamente tal, tiene que descansar en la paridad de derechos y responsabilidades ciudadanas. El objetivo debe ser, pues, poner los derechos al servicio de la paridad ciudadana, partiendo siempre de nuestra autonomía como principio normativo y de nuestra relacionalidad humana como facticidad (HABERMAS, 1992), de nuestra autonomía relacional, en el marco de un modelo que en otro lugar he llamado de *cuidanía* (RODRÍGUEZ RUIZ, 2010).

853

Para ello es preciso deconstruir las dicotomías en que se asienta el sistema sexo-género moderno, el “sistema de acuerdos sociales por el que la sexualidad biológica se transforma en productos de la actividad humana y en los que se da satisfacción a las necesidades sexuales que resultan de esa transformación” (RUBIN, 1975, p. 159 –mi traducción). El ordenamiento nos propone una serie de estrategias, que en otro lugar

2 Este término se inspira en el término “pseudonstitucionalismo” acuñado en el siglo XIX por Ferdinand Lassalle (Lassalle, 1997-ed).

3 De ella ha surgido lo que Deborah Stone denominó en el año 2000 “movimiento del cuidado” (*care movement*), desarrollado por autoras como Stone (2000); Tronto (2003: esp. 140 y ss.); Nancy Fraser (1996: 234 y ss.), quien propone un modelo ciudadano basado en el/la cuidador/a universal –*universal care giver model*–; o Ruth Lister (1997: 180 y ss.), quien propone la construcción de una “ciudadanía del cuidado” –*careful citizenship*–.

he clasificado en colaterales y frontales (RODRÍGUEZ RUIZ, 2017). Las primeras están orientadas a visibilizar, minimizar y reparar los daños derivados de ese sistema. Las segundas encaran frontalmente la ciudadanía sexuada en sus dos pilares básicos, público y doméstico, a través de derechos orientados a imbuir uno y otro de paridad en términos sexo-género. En lo que sigue, propongo que exploremos la capacidad de estas estrategias frontales de operar dicha reforma.

2. Deconstrucción y reconstrucción paritaria de lo público

La tendencia comparada a imponer por ley cuotas electorales de género o la paridad electoral reflejan la toma de conciencia de la necesidad de parificar el espacio público ciudadano en términos de sexo-género, empezando por el espacio político representativo. Tanto la paridad como las cuotas electorales persiguen un mismo objetivo: incrementar la participación política de las mujeres, el peso que en lo público tienen las experiencias, actitudes y recursos ciudadanos (TAMERIUS, 2010: 244-246), los intereses, las opiniones y perspectivas (YOUNG, 2010: 196) que la modernidad acuñó simbólica y funcionalmente como femeninos.

854

Sus estrategias son, con todo, distintas, como distintas son sus respectivas implicaciones teóricas y prácticas. La paridad electoral pretende atajar el perfil masculino del espacio público de representación democrática como un problema fundacional, operando una redefinición del mismo que acoja en términos equiparables, sin pretensiones esencializantes, las experiencias ciudadanas de mujeres y de varones. Las cuotas electorales de género aspiran, por su parte, a incrementar el peso deliberativo de las mujeres en los órganos de representación política a través una presencia mínima, suficiente para que puedan constituirse dentro de ellos en “masa crítica”, cifrada en torno a un 30% (DAHLERUP, 1988).

La primera diferencia entre paridad y cuotas electorales es, pues, cuantitativa⁴. Le siguen otras más profundas, de contenido. La paridad

4 Las cuotas imponen una presencia mínima de mujeres en candidaturas electorales que puede ser tan reducida como el 13% o acercarse al 50%, pero que suele oscilar entre el 25 y el 35% Norris & Krooks 2010: 30; Ortega y Trujillo 2011: 4.

trasciende el discurso de los derechos para apuntar hacia una redefinición de la esfera pública representativa, con pretensiones de estabilidad temporal. Las cuotas, por su parte, son medidas de acción afirmativa, sujetas como tales a un horizonte temporal y al principio de proporcionalidad, teniendo como fin promover o incluso garantizar como resultado⁵ una mayor presencia de mujeres en un terreno, el político representativo, donde ésta es manifiestamente inferior a la de los varones; todo ello sin reflexionar sobre el origen de la exclusión de las mujeres de la representación política, ni aspirar a redefinirla.

Pese a sus diferencias, tanto la paridad como las cuotas electorales se enfrentan a retos prácticos semejantes. Para empezar, la imposición de un porcentaje mínimo de presencia de mujeres en listas electorales no necesariamente se traduce en ese mismo porcentaje de presencia de mujeres en órganos representativos. Otros factores, de tipo socio-estructural, ideológico y político (KUNOVICH & PAXTON 2005: 513 y ss; WÄNGNERUD, 2009), entran aquí en juego. Entre éstos últimos destacan el perfil del sistema electoral y el tamaño de las circunscripciones. En principio, un sistema proporcional con circunscripciones plurinominales grandes, entendiendo por tales aquéllas en que se eligen más de diez candidatos⁶, favorece la elección de un mayor número de mujeres. Suele argumentarse que también lo hace un sistema de listas cerradas y bloqueadas, siempre que incluya el mandato de colocar a las mujeres en posiciones efectivamente elegibles, cuya mejor expresión son las listas cremallera en un sistema paritario. Los estudios comparados sobre cómo la paridad o las cuotas electorales funcionan en sistemas de listas desbloqueadas y abiertas no ofrecen, con todo, datos concluyentes (ARCHENTI y TULA 2007: 191). Sí apuntan a que, para ser efectiva, la paridad y las cuotas electorales

5 Algunos países, mayoritariamente en África y Asia, aunque también algunos en el continente americano (República Cooperativa de Guyana y Haití) y en Europa (Kosovo), reservan a mujeres un porcentaje de escaños en sus asambleas legislativas, de media en torno al 25% (vid. <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/database>).

6 Se consideran pequeñas las que eligen entre dos y cinco representantes, y medianas las que eligen entre seis y diez. Es un dato aceptado que en las circunscripciones con menos de cinco los sistemas electorales proporcionales tienen efectos mayoritarios (Archenti y Tula 2007: 189).

deben venir acompañadas de sanciones efectivamente disuasorias para casos de incumplimiento, siendo la más efectiva la descalificación de las candidaturas incumplidoras (KUNOVICH & PAXTON 2005: 534; DAHLERUP & FREIDENVALL 2005; NORRIS & KROOK 2011). En igualdad de condiciones, un mayor número de mujeres candidatas garantiza un porcentaje de mujeres electas también mayor. La paridad ofrece en este punto mejores resultados que las cuotas.

Una vez elegidas, además, las mujeres encuentran dificultades de distintos tipos y distinta intensidad para dejar su huella política en igualdad de condiciones con los varones (TAMERIUS, 2010: 246-8). Especialmente elocuente es el dato de que las mujeres representantes tienen más probabilidades de participar en procesos deliberativos que en las decisiones que finalmente se adopten a partir de los mismos (WÄNGNERUD, 2009: 61-62). En el trasfondo de esta situación se encuentra el perfil tozudamente masculino del espacio público representativo. Una mayor presencia de mujeres es condición necesaria para modificar ese perfil, y con él la capacidad de las mujeres de ejercer influencia política. La paridad vuelve a ofrecer mejores credenciales que las cuotas electorales para alcanzar buenos resultados también en este punto.

A la luz de lo anterior, no debe sorprender que la paridad gane terreno a las cuotas electorales como opción legislativa⁷. Más sorprendente es que en este proceso la paridad venga avalada por retóricas jurídicas que le encuentran acomodo constitucional en la lógica de los derechos y las acciones afirmativas, no, o no sólo, en la de la redefinición del espacio público representativo⁸. Es como si se asumiera la relevancia democrática de la paridad electoral sin acabar de reconocer las razones que la respaldan, esperando más bien que puedan acallar las demandas de democratización paritaria de la ciudadanía sin cuestionar abiertamente

7 <https://aceproject.org/ace-en/topics/ge/ge2/ge22/the-shift-from-quotas-to-parity-democracy>.

8 Decisión del Consejo Constitucional francés núm. 2000-429DC, de 30 de mayo; Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 49/2003, de 13 de febrero; Sentencia del Tribunal Constitucional español 12/2008, de 29 de enero; Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador, de 25 de febrero de 2009.

sus parámetros sexuados. Ante este trasfondo, la paridad electoral suscita dudas sobre su oportunidad política, sobre su capacidad para operar una redefinición paritaria de la esfera pública. En concreto, corremos el riesgo de contentarnos con una representación de las mujeres más descriptiva que sustantiva (PITKIN 1967: 60 y ss.), de canalizar su participación en el espacio público representativo a través de una política más de presencia que de ideas o intereses (PHILLIPS, 1995), de identificar incluso la primera con la segunda, o presumir que entre ambas existe una relación no meramente probabilística (WÄNGNERUD, 2009: 60), sino estrictamente causal.

Este riesgo vertebró la paridad electoral. Y aunque afecta también a las cuotas electorales de género (TREMBLAY & PELLETIER, 2000; WÄNGNERUD, 2009), como medidas de acción afirmativa éstas presentan en este punto dos diferencias importantes. Por una parte, las cuotas identifican a las mujeres como parte problemática de la ciudadanía, necesitada de apoyo estatal para alcanzar su igualdad efectiva con los varones en el terreno político, consagrando así a los varones como modelo ‘normal’, no problemático, de ciudadanía; de ahí la resistencia de muchas mujeres a aparecer como ‘mujeres cuota’. Por otra parte, y como contrapartida, las cuotas electorales tienen un perfil reivindicativo del que carece la paridad electoral. Posiblemente, para que ese perfil dejara huella en la esfera pública las cuotas deberían imponer una presencia mínima obligatoria de mujeres igual o superior al 50%, en línea pues con la paridad electoral o incluso más allá, para contrarrestar el tradicional dominio masculino de la política representativa (BARRÈRE, 2013: 73). Lo cierto, en todo caso, es que mientras la paridad electoral se contenta con un feminismo institucional de mera presencia (BARRÈRE, 2013), las cuotas electorales se acercan más a contemplar dicha presencia, no como un fin en sí mismo, sino como un medio para promover políticas sustantivas de género.

A todo lo anterior hay que añadir dos riesgos que la paridad comparte con las cuotas. Uno es que las reivindicaciones de participación de las mujeres en el espacio público-político queden reducidas a las instituciones representativas, obviando que la ciudadanía democrática va más allá de ésta. Otro es que la presencia de mujeres en instituciones representativas

legitime un sistema representativo en crisis, y una democracia de partidos cuya legitimidad está hoy en tela de juicio. Ni la paridad ni las cuotas electorales cuestionan nuestro sistema representativo, como no cuestionan el protagonismo que éste otorga a los partidos políticos en el diseño de listas electorales y en el funcionamiento institucional del Estado, un protagonismo que, una vez más, tiene un perfil marcadamente masculino (ORTEGA y TRUJILLO, 2011)⁹. Resulta, en efecto, llamativo que, precisamente en estos tiempos en que las instituciones representativas están en crisis, el proyecto de parificación de la política haya quedado reducido a que las mujeres “estemos” en esas instituciones, con independencia de que las políticas que implementemos en ellas, ni de que estemos en los partidos, verdaderos centros de poder político tozudamente masculinos. Una mayor presencia de mujeres en las listas electorales puede incluso servir de cobertura a tanta masculinidad (TREMBLAY & PELLETIER, 2000: 398).

En estas circunstancias, tanto la paridad como las cuotas electorales traen consigo el doble riesgo de quedar incorporadas a nuestro marco institucional como políticas de género testimoniales, cerrando en falso el problema de la necesaria redefinición paritaria de la esfera pública, así como de validar un sistema político tan masculino como caduco. Una revitalización democrática requiere que entrelacemos ambos proyectos y avancemos hacia una democracia participativa y paritaria en sentido amplio. Por todo ello, resulta imprescindible conectar las estrategias orientadas a incrementar la participación efectiva de las mujeres en el espacio público-político con la cuestión más amplia de cómo mejorar la representatividad de dicho espacio.

3. Deconstrucción y reconstrucción paritaria de lo doméstico

Todo sistema de organización socio-política descansa en un modelo determinado de familia, en el reconocimiento y protección de algún

9 Ello recuerda, con las debidas salvedades, a la estrategia de algunas dictaduras, como la de Primo de Rivera en España, Mussolini en Italia o el Estado Novo en Portugal, a legitimarse reconociendo al menos a algunas mujeres el derecho al voto, un voto testimonial, inocuo. Sobre este tema, vid. AGUADO (2012: 292); MANCINI (2012: 380); AMARAL & ANJINHO (2012: 481).

tipo concreto de relaciones interpersonales con vocación de estabilidad, en el cual se vertebran las formas de pertenencia y de participación en el sistema, su ciudadanía, muy especialmente en términos de sexo-género. En el Estado moderno, ese modelo es la familia nuclear, la unión matrimonial de dos personas de sexo distinto y, eventualmente, su descendencia común. Es ahí donde se gesta el pacto sexual que sustenta el moderno pacto social, el reparto de tareas ciudadanas entre el varón (personaje público, activo, fuerte, racional, independiente) y la mujer (figura doméstica, pasiva, débil, irracional o emocional, vinculada a la dependencia y a la gestión de la propia y de la ajena), y la relación de jerarquía que subordina la segunda al primero. La esfera doméstica tiene, pues, una dimensión iuspublicista en cuanto que sustento, como complemento necesario, de la esfera público-política. De ahí que sea preciso operar su deconstrucción y reconstrucción democrática, paritaria, en un proceso simétrico al de ésta.

Mi propuesta es que operemos ese proceso de deconstrucción y reconstrucción a lo largo de tres líneas. La primera (A) consiste en adoptar un concepto jurídico de familia que trascienda los contornos de la institución matrimonial moderna y sus roles de género. La segunda (B) consiste en desvincular la propia institución matrimonial de todo reparto simbólico de roles de sexo-género, incorporando a ella el matrimonio entre personas del mismo sexo. La tercera (C), en fin, consiste en redefinir en términos paritarios el contexto doméstico, incluido el matrimonio moderno clásico, eliminando desigualdades normativas entre mujeres y varones y fomentando la paridad efectiva entre unas y otros. El ordenamiento español ofrece ejemplos de las tres.

859

3.1. La familia más allá del matrimonio

A diferencia de otras constituciones, la Constitución española desvincula familia de matrimonio. Por una parte, su artículo 32 reconoce el derecho fundamental a contraer matrimonio sin referencia alguna a la familia. Por otra, su artículo 39 recoge la obligación de los poderes públicos de proteger la familia (a las distintas formas de familia), al margen de toda referencia al matrimonio. Ciertamente, el artículo 39 CE recoge un principio rector de la política social y económica, no un derecho fundamental a integrar una forma no matrimonial de familia, ni a recibir la

protección de los poderes públicos como miembro de la misma. De su lectura conjunta con el derecho a la igualdad (artículo 14 CE) se deriva, con todo, el derecho fundamental de quienes integren cualquier forma de familia a recibir el mismo trato jurídico, siempre que no existan razones que justifiquen un trato diferenciado.

Con este marco constitucional como trasfondo, el Tribunal Constitucional ha definido la familia como aquellas situaciones de convivencia que se desarrollan dentro de “un marco de solidaridades y de dependencias” (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4). De ahí deriva la obligación constitucional de los poderes públicos de atender a “la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen” (FJ 5): de reconocer y tutelar como familia aquellos modelos de convivencia que respondan a criterios de solidaridad y dependencia, cuenten con presencia social y muestren manifiestas necesidades de tutela. Ello conduce a su vez a la obligación de los poderes públicos de atender a la lógica interna de cada relación de convivencia, de cara a verificar en qué medida nos encontramos ante una forma de familia así definida. Todas ellas tienen derecho, en principio, a recibir la misma tutela por parte de los poderes públicos, pudiendo introducirse diferencias de trato sólo en la medida en que respondan a sus respectivas lógicas internas, o puedan de algún otro modo considerarse razonables.

El ordenamiento constitucional español recoge así, en su interpretación jurisprudencial, un concepto amplio y flexible de familia, adaptable a la evolución de la realidad social, que nos aleja de fórmulas estereotipadas y trasciende las fronteras de la institución matrimonial y los patrones de género que la sustentan.

Se reduce así la relevancia jurídica de dicha institución a favor de la familia como hecho sociológico. La institución matrimonial se ha revelado, sin embargo, tozudamente resistente a perder protagonismo social y jurídico. Para empezar, el propio Tribunal Constitucional ha hecho una lectura favorable al matrimonio de lo que entiende como elemento intrínseco a dicha institución, justificando así su trato jurídico preferencial. Lo ha hecho, en concreto, en el contexto del derecho a recibir prestaciones estatales, más concretamente de las pensiones de viudedad. Mientras

en cuestiones de derecho privado, como la subrogación arrendaticia de la vivienda común, el Tribunal ha entendido que lo que está en juego no es la institución matrimonial, sino la convivencia familiar en esa vivienda, el Tribunal ha vinculado a dicha institución el derecho a la pensión de viudedad, entendiendo, en un alarde de nominalismo¹⁰, que sólo puede ser viuda/o quien antes ha estado casada/o. Mientras reconoce pues a los miembros de una familia no matrimonial el derecho a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda común en los mismos términos que a las parejas casadas (SSTC 222/1992; 155/1998, de 13 de julio; 47/1993, de 8 de febrero), entiende justificado que el legislador vincule el derecho a una pensión de viudedad a la existencia de matrimonio previo (STC 66/1994, de 25 de abril; ATC 222/1994, de 11 de julio)¹¹. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que el propio legislador pueda ampliar este derecho a otras formas de familia¹².

Pero es que, además, en la práctica jurídica y social, hablar de formas no matrimoniales de familia se ha convertido en sinónimo de hablar de parejas de hecho, de hablar, esto es, de situaciones de convivencia que se sitúan al margen de la institución matrimonial, sí, pero que en buena medida permanecen en su sombra (DUBLER, 2003). Son, en efecto, las parejas de hecho quienes en España, como en otros países de nuestro entorno, han reclamado protección como familias ante los tribunales.

10 En el mundo anglosajón se la conoce como pensión “de supervivencia” (“*survivor’s pension*”).

11 Las excepciones son casos en que no había sido posible contraer matrimonio (porque un conviviente estaba casado sin posibilidad legal de divorcio), o no sin vulnerar la libertad ideológica de uno de los contrayentes, en una época en que el matrimonio civil requería una declaración de apostasía (STC 180/2001, de 17 de septiembre).

12 Vid. la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de Medidas de Seguridad Social, Disposición Adicional 3ª y la Ley 26/2009, de 23 diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010, ambas de reforma del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). El acceso a estas pensiones se somete a requisitos más estrictos en el caso de las parejas no casadas. Uno de ellos, el requisito de que la persona causante y la beneficiaria hubieran tenido descendencia común, fue declarado discriminatorio por razón de orientación sexual, en atención a que las parejas del mismo sexo no pueden satisfacerlo biológicamente ni podían generalmente hacerlo por adopción, ya que hasta la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, sólo tenían acceso a ésta en algunas Comunidades Autónomas (SSTC 41/2013, de 14 de febrero; 77/2013, de 8 de abril).

Son también quienes han sido objeto de atención por parte de la administración, que ha habilitado Registros municipales para su inscripción, y de los legisladores estatal y autonómicos¹³. A nivel estatal, la tendencia es a equiparar los derechos de las parejas de hecho con los de las casadas en una multiplicidad de terrenos. A nivel autonómico, catorce de las diecisiete Comunidades Autónomas regulan el régimen jurídico de las primeras¹⁴, en términos que difieren del régimen jurídico matrimonial, pero con el que existen importantes paralelismos: en sus requisitos constitutivos (normalmente la inscripción, no en el Registro Civil, pero sí en un registro administrativo habilitado al efecto¹⁵), en los impedimentos a su constitución legal (que reproducen más o menos fielmente los matrimoniales –artículos 46 y 47 CC–), y en su contenido normativo. Las parejas ‘de hecho’, en definitiva, se han erigido en protagonistas de las formas no matrimoniales de familia. El Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su reforma operada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, incluso las menciona en el marco del derecho a la protección de las familias (artículo 17). Al mismo tiempo, su régimen jurídico se ha situado a la sombra

13 Como excepciones Cataluña cuenta con la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, ofrece protección jurídica a relaciones de convivencia de dos o más personas con voluntad de permanencia y ayuda mutua, y con la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, sobre acogida de personas mayores, regula la “convivencia originada por la acogida que una persona o pareja (sic) brindan a una persona o pareja (sic) mayor, en condiciones parecidas a las relaciones que se producen entre ascendentes y descendientes”. Navarra, por su parte, cuenta con la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores.

14 Ley 10/1998, de 15 de julio, de Cataluña; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón; Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, de Valencia; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de las Islas Baleares; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la C.A. de Madrid; Ley 4/2002, de 23 de mayo, del Principado de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de marzo, del País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la C.A. de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Las tres Comunidades Autónomas restantes, a saber, Castilla-La Mancha (Decreto 124/2000, de 11 de julio, modificado por el Decreto 139/2012, de 25 de octubre), Castilla-León (Decreto 117/2002, de 24 de octubre) y La Rioja (Decreto 30/2010, de 14 de mayo, modificado por el Decreto 10/2013, de 15 de marzo), regulan su inscripción registral.

15 Como excepciones, las Leyes de Cataluña, Navarra, Asturias y Canarias otorgan a dicho registro efectos meramente probatorios.

del de las parejas matrimoniales. De ahí se derivan dos consecuencias complementarias. La primera es que, a través de las parejas ‘de hecho’, los patrones de género que informan la institución matrimonial trascienden las fronteras de ésta para impregnar el imaginario de toda forma de familia, matrimonial o no. La segunda es la desprotección de otras formas no matrimoniales de familia, en detrimento de la deconstrucción del sistema sexo-género, y en detrimento sobre todo de la justicia social.

3.2. El matrimonio más allá del sistema sexo-género

Uno de los modos más directos de neutralizar, o al menos *des-esencializar*, el papel simbólico y funcional del matrimonio como articulador del género es abrirlo a las parejas del mismo sexo. Permitir a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial, en igualdad de condiciones con las parejas de sexo distinto, equivale a permitir la formación de unidades familiares matrimoniales cuya dinámica relacional se desenvuelve al margen de modelo alguno de distribución de roles de sexo-género, permitiendo pues a cada pareja desarrollar sus propias dinámicas relacionales. La tendencia es a abrir el matrimonio a estas parejas¹⁶.

863

La Ley 13/2005, de 1 de julio, convirtió a España en el tercer país de Europa y del mundo, después de los Países Bajos (Ley de 21 de diciembre de 2000) y Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003), en regular los matrimonios del mismo sexo en todo el territorio del Estado (el 20 de julio de ese mismo año lo regularía Canadá en su *Civil Marriage Act*). Hoy, más de treinta Estados regulan estos matrimonios. Como otras leyes similares, la Ley 13/2005 suscitó polémica, llegando a ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad. Lo interesante es que en este recurso no se cuestionaba la equiparación en derechos de las parejas del mismo sexo con las de las parejas casadas de sexo distinto, sino que dicho reconocimiento tuviera lugar en el seno de la institución matrimonial (artículo 32 CE), por entenderse que ello vulneraba el contenido esencial del matrimonio, convirtiéndolo en irreconocible (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ

16 <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/>-última consulta el 4 de enero de 2021.

8). En materia de derechos, sólo se cuestionaba el reconocimiento a las parejas del mismo sexo del derecho a adoptar, por considerarse contrario al mandato constitucional a los poderes públicos de proteger a las familias (artículo 39.1 CE) y a las/os hijas/os (artículo 39.2 CE).

No es difícil inferir que tras estas cuestiones se esconde el afán de *esencializar* el modelo clásico de matrimonio, con su división de roles de sexo-género, ante el temor a que pueda perder relevancia jurídica y social, de elevarlo a parámetro incuestionable de organización social con base en la “naturaleza de las cosas”¹⁷. En línea con la jurisprudencia desarrollada en otros países¹⁸, en su STC 198/2012, de 6 de noviembre, el Tribunal Constitucional español confirmó la conformidad constitucional de la Ley 13/2005 con el reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio. Lo hizo tanto en atención a la literalidad de su reconocimiento, que no lo excluye (FJ 8), como a su contenido esencial, que no se ve afectado, en la medida en que lo que la ley opera es una ampliación del ámbito de cobertura del matrimonio en línea con las demandas sociales, sin reducir la tutela que éste ofrece (FJ 11) ni comprometer la reconocibilidad de la institución (FJ 9). Respecto de que los matrimonios del mismo sexo puedan adoptar, el Tribunal Constitucional entendió que la idoneidad para ser m/padre por adopción no guarda relación con la orientación sexual (*vid.* también STC 124/2002; STEDH *P.V. c. España*, de 30 de noviembre de 2010).

El Tribunal Constitucional español respalda, pues, el proyecto legislativo de *des-esencialización* del modelo clásico moderno de matrimonio

17 Así se expresó el Consejo General del Poder Judicial en su Estudio, de 26 de enero de 2005, sobre el proyecto de lo que habría de ser la Ley 13/2005 (p. 40; *vid.* también pp. 28, 30 y ss), citando nada menos que a Karl Larenz, teórico del nacional-socialismo, promotor de un diseño organicista, institucional y comunitarista del derecho, de corte autoritario, anti-igualitario y negador de los derechos subjetivos (La Torre, 2008). *Vid.* también la Decisión del Consejo de Estado, de 16 de diciembre de 2004 sobre el mismo proyecto (Ref. 2628/2004), esp. su Consideración Final),

18 *Vid.* las Decisiones de la Corte de Arbitraje de Bélgica (2003); la Corte Suprema de Canadá (2004); el Tribunal Constitucional de Sudáfrica (2006), el Tribunal Constitucional portugués (2010), el Supremo Tribunal Federal de Brasil (2013); la Corte Suprema de los Estados Unidos (2015); el Tribunal Constitucional de Austria (2017); el Tribunal Constitucional de Costa Rica (2018); o el Tribunal Constitucional de Ecuador (2019).

y de su papel en el diseño de roles de ciudadanía sexuados. Lo hace sobre la base de que nuestra Constitución apunta ya a otro modelo de ciudadanía, uno basado en la obligación de los poderes públicos de promover la paridad ciudadana de todos los grupos sociales, especialmente la de mujeres y varones (artículos 9.2, 14 y 32 CE). Lo que no hace este Tribunal es entender que existe un derecho fundamental al reconocimiento del matrimonio del mismo sexo, como sí lo han hecho, entre otras, la Corte Suprema de Canadá (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79) y la de los Estados Unidos (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 2015). Antes bien, el Tribunal Constitucional español ha preferido acogerse a la línea jurisprudencial prevalente en el seno tanto de la Unión Europea como del Consejo de Europa, donde se ha entendido que la ampliación o no a las parejas del mismo sexo del derecho al matrimonio (artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) es una opción legislativa¹⁹.

En esa línea, la Corte Constitucional italiana denegó en 2010 el acceso al matrimonio a dos parejas del mismo sexo en ausencia de regulación legal al respecto (Decisión 138/2010). Y en esta línea, el Tribunal Constitucional español afirmó ya en 1994 “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial” previsto entonces en nuestro Código Civil (ATC 222/1994, FJ 2). Lejos de venir a corregir o matizar esta postura, la STC 198/2012 la confirmó, afirmando que si bien “no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima”, “tampoco puede entenderse que esta opción, como única posible, quede absolutamente excluida” (FJ 10). La regulación de los matrimonios del mismo sexo se considera, en definitiva, una opción legislativa respetuosa con nuestra Constitución, pero no una regulación impuesta por ella. Ello es así pese a que una lectura sistemática de los derechos fundamentales al matrimonio (artículo 32 CE) y a la igualdad (artículo

19 Vid., de un lado, las Explicaciones del Presidente de la Convención al artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, de otro, la STEDH en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, esp. ## 49, 58, 61, 105.

14 CE), interpretado éste a la luz de la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad sustantiva de todos los individuos y de los grupos en que se integran (artículo 9.2 CE), una lectura sistemática de estos preceptos constitucionales, decía, impone la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, tanto más cuanto que la orientación sexual se encuentra entre los motivos sospechosos de discriminación que los poderes públicos tienen la obligación de erradicar (STC 41/2006, FJ 3).

Una vez más, el Tribunal Constitucional se muestra pronto a responder a las demandas sociales de paridad ciudadana en términos de sexo-género, pero no a enraizar su respuesta en los cimientos del Estado, ni a operar, pues, la redefinición paritaria de éstos, ni siquiera cuando el orden constitucional parece declararse comprometido con dicha paridad.

3.3. El matrimonio como modelo de paridad ciudadana

866

Más allá de las estrategias diseñadas para relativizar el peso social y jurídico del matrimonio clásico moderno, y de su papel en la construcción de la ciudadanía sexuada, la deconstrucción de ésta pasa por la reconstrucción de ese mismo matrimonio, de la unión matrimonial clásica de una mujer y un varón, en términos paritarios. Esta reconstrucción encuentra en España su base constitucional en los artículos 9.2, 14 y 32 CE, que imponen a los poderes públicos una redefinición paritaria de las relaciones conyugales y, con ella, de la ciudadanía democrática. Esencial para lograr esta paridad es introducirla en la intersección entre la familia y el trabajo. Para ello, no basta con proteger la figura de las madres trabajadoras. Es preciso hacerlo en el marco de una estrategia de promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y varones en materia de cuidados domésticos. Es preciso proteger también la figura del padre trabajador.

Al fortalecimiento jurídico y social de esta figura apunta, por ejemplo, el de la custodia compartida, o la obligación legal de los cónyuges de compartir responsabilidades domésticas dentro del matrimonio (artículos 68 y 92 del Código Civil, respectivamente), que se abrieron paso en España con la Ley 15/2005, de 8 de julio. Y apunta el fortalecimiento del acceso de los varones a medidas de conciliación de vida familiar y laboral. En este sentido apuntan algunas de las reformas de la Ley del Estatuto de

los Trabajadores operadas a partir de la la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y varones, cuyo artículo 44.1 LOIEMH dispone que “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. Dichas reformas se han operado en materia de reducción y adaptación de la jornada laboral (artículos 34.8, 37.4 y 37.5 LET), excedencias para cuidado de hijas/os (artículo 46.3 LET) o suspensión del contrato laboral por m/paternidad (artículo 48.4 LET).

Por encima de estos avances legislativos, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con su componente de corresponsabilidad, tiene una dimensión constitucional, anclada en la lectura sistemática de los artículos 14 y 39 CE, que lo eleva a derecho fundamental. Dicha dimensión protege sobre todo a las mujeres, que son quienes generalmente se acogen a las medidas de conciliación de vida familiar y laboral, hasta el punto de convertirse en objeto de discriminación indirecta por razón de sexo cuando se dificulta el acceso a ellas (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre; 203/2000, de 24 de julio 3/2007, de 15 de enero). Y protege también a los varones. Emblemática en este sentido es la STC 26/2011, de 14 de marzo, que resuelve el recurso de amparo planteado por un padre cuya solicitud de conciliación de vida familiar y laboral no encontraba encaje normativo. En ella, el Tribunal se muestra consciente de que “[l]a prohibición de discriminación entre mujeres y hombres ... impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles ... en las responsabilidades familiares” (STC 26/2011, FJ 5). Es consciente, esto es, de que combatir la discriminación por razón de sexo pasa por interpretar las normas de conciliación de vida familiar y laboral en términos que permitan articular la corresponsabilidad familiar entre mujeres y varones.

Lo interesante de esta línea jurisprudencial es que el Tribunal Constitucional niega que, en el caso de los varones, la dimensión constitucional del derecho a conciliar vida familiar y laboral tenga su base en el

derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. Este motivo de discriminación, afirma, tiene por objeto acabar con la historia de discriminación estructural por razón de sexo que arrastran, no los varones, sino las mujeres. El derecho de los varones a acogerse a medidas de conciliación tiene una dimensión constitucional, pero ésta se hace valer apelando, no al sexo, sino a lo que el Tribunal define como “circunstancias familiares”, incluyendo a éstas entre los motivos de discriminación constitucionalmente proscritos en el artículo 14 CE, como parte de la cláusula abierta que la prohíbe con base en cualquier “condición o circunstancia personal o social”.

Se trata de un paso importante hacia la paridad ciudadana de varones y mujeres a través de la figura del padre trabajador, tanto más cuanto que es el resultado de poner el foco, no sólo en la ciudadanía de las mujeres y sus carencias democráticas, sino en las carencias que impregnan la construcción de la ciudadanía moderna de los varones. Especial importancia en la desarticulación de dichas carencias es la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad. Aquí, sin embargo, nos encontramos con un Tribunal Constitucional mucho más reticente a articular dicha equiparación, a incluirla dentro de la dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, y del principio de corresponsabilidad que la informa, en línea con la STC 26/2011. Antes bien, este Tribunal entiende que articular las corresponsabilidades de cuidado de los padres (varones) en los casos de paternidad por parto es una opción legislativa (SSTC 76/2011, de 19 de mayo 111/2018, de 17 de octubre, 117/2018, de 29 de octubre; 138/2018, de 17 de diciembre; 2/2019, de 14 de enero; vid. también el ATC 14/2016, de 19 de enero).

Y efectivamente la legislación ha equiparado los permisos de maternidad y paternidad, diseñados ambos como intransferibles, a partir de principios de 2021. La historia de esta equiparación es también elocuente de las reticencias que suscita. Dicha historia comienza con la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Disposición Adicional 11ª, apartado 11), que inicialmente diseñó un permiso de paternidad de tan sólo trece días, previendo además su ampliación a cuatro semanas en el plazo de seis años (Disposición Transitoria

9ª). Sin embargo, aunque la Ley 9/2009, de 6 de octubre, operó dicha modesta ampliación para el 1 de enero de 2011, dentro del plazo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 pospuso su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2012 (Disposición Final 15ª), fecha que fue de nuevo aplazada año tras año hasta que la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Disposición Final 11ª) la estableció en el 1 de enero de 2017, cuando finalmente entró en vigor. Desde entonces, esas cuatro semanas se han ido ampliando paulatinamente y a ritmo más rápido. La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, amplió los permisos de paternidad intransferibles a cinco semanas, con efectos desde el 5 de julio de 2018. Menos de un año más tarde, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, operó su ampliación a ocho semanas a partir del 1 de abril de 2019, a doce semanas desde el 1 de enero de 2020, y a dieciséis semanas a partir del 1 de enero de 2021, lo que ha supuesto su equiparación total a los de maternidad.

Hasta aquí las estrategias frontales de deconstrucción jurídica de la ciudadanía sexuada, dicotómica que, no sin reticencias ni incoherencias, se han asumido en España, los intentos de deconstrucción de sus dos pilares, el público masculino y el doméstico femenino, y aspiran a su redefinición integradora en términos de sexo-género. Lo cierto es que, hasta ahora, y pendientes de conocer los efectos que tendrá la equiparación de los permisos de paternidad a los de maternidad, esas estrategias no han logrado desarticular el perfil masculino de la ciudadanía ni las relaciones estructurales de poder que de él se derivan. Lo cierto es que el Estado sigue poniendo el poder en manos del mismo colectivo de varones que lo detenta desde sus orígenes.

Tomar consciencia de ello debe llevarnos a considerar otras estrategias. Debe llevarnos a reconocer que el feminismo se ha centrado sobre todo en deconstruir las dinámicas de poder que informan las dicotomías de sexo-género modernas, en privarlas de su contenido jerárquico, sin cuestionarse necesariamente dicha construcción dicotómica, la estructura

binaria del moderno sistema sexo-género. En este contexto, no debe extrañar que los intentos por imbuir el espacio público de paridad de sexo-género se hayan visto limitados a la esfera representativa, por lo demás en crisis de legitimidad, a través de una política fundamentalmente de presencia. Como no debe extrañar que, en la esfera doméstica, los intentos de dar cobertura y protección jurídica a la familia no matrimonial hayan terminado por situar a la primera a la sombra de la segunda; ni que la regulación de los matrimonios del mismo sexo se haya reconocido como una opción legislativa, no una exigencia constitucional, o que como modelo social su lógica igualitaria no esté dejando una huella sino marginal; ni debe extrañarnos que la lógica de la opción legislativa se haya aplicado también a la parificación de las responsabilidades parentales de mujeres y varones.

Ante esta situación se impone dar un paso más. Se impone asumir que cuestionar el papel de los varones como punto de referencia ciudadano nos obliga a deconstruir, no sólo el papel de las mujeres en un sistema sexo-género binario y dicotómico, además de jerarquizante, que lo define como el contrapunto subordinado al de los varones. Es preciso deconstruir las premisas en que descansa dicho sistema, asumir que la ciudadanía democrática está integrada por individuos a quienes se presume capacidad autonormativa, y que ésta sólo puede realizarse si logramos desprendernos de los condicionantes asociados al sistema sexo-género moderno. Para ello no basta con un nuevo reparto más o menos paritario del poder entre mujeres y varones; es preciso redefinir la ciudadanía en términos que escapen a todo tipo de relaciones de poder. Hacerlo nos obliga a reconocer que las mujeres son las principales damnificadas por dicho sistema, pero no las únicas. Damnificadas son todas las personas cuyas identidades de sexo-género no encajan en los parámetros masculinos del modelo de ciudadanía dominante.

4. Despolitización de los cuerpos ciudadanos

El pacto social-sexual descansa sobre una construcción de los cuerpos ciudadanos. El énfasis se ha puesto siempre en el cuerpo de las mujeres, construido como objeto de control ajeno, depositario de su dependencia

estructural, de su vinculación a las exigencias de la naturaleza y, con ellas, a lo doméstico. Lejos de encontrar su fin con el ingreso de las mujeres en lo público, la problematización del cuerpo de éstas ha continuado haciendo de su autocontrol una cuestión controvertida. Lo vemos en los códigos y expectativas culturales que lo subordinan a los varones y lo vinculan a la ciudadanía doméstica (debates en torno al aborto), que determinan cómo pueden mostrarse en el espacio público (debates en torno a las distintas variedades de velo islámico), que cuestionan su vinculación a la ciudadanía laboral (debates en torno al trabajo sexual, a la gestación por subrogación). Y lo vemos en la reacción que dichos códigos y expectativas suscitan en el ordenamiento jurídico, retroalimentando el clima de control social. Los varones, como contraste, en cuanto que ciudadanos activos, se han presentado siempre en lo público como seres incorpóreos, o al menos como seres a quienes se presume control sobre su propio cuerpo. Y sin embargo también la ciudadanía de los varones gira en torno al cuerpo de éstos, identificándose con un ideal de fenotipo masculino. Es la política de cuerpos, el “bio-poder” a que se refería Michel FOUCAULT (1976 - 1981ed: 140-144) que da a la ciudadanía su carácter sexuado, y la vincula a un sistema sexo-género en el que el protagonismo del sexo biológico como base de la adjudicación de roles ciudadanos es en sí mismo una construcción social.

Las cuestiones que afectan al cuerpo de las mujeres siguen suscitando controversias dentro y fuera del feminismo (RODRÍGUEZ RUIZ, 2019), testimonio de las trabas a que se enfrenta su autocontrol. Lo que aquí me interesa, sin embargo, no es incidir en ellas. Es más bien cuestionar el ideal binario, dicotómico, de los cuerpos (sexo) y de sus funciones ciudadanas (género) sobre el que se asienta la ciudadanía. Me interesa destacar la importancia que en la deconstrucción del sistema sexo-género moderno tienen las reivindicaciones de identidades no binarias, de personas trans^{*20} e intersexuales/intergénero, transgresoras del mismo.

20 El término trans* con asterisco se toma de Raquel (Lucas) Platero para hacer referencia a las personas que no se identifican con la identidad de género que le asignaron al nacer, a modo de “concepto paraguas” que abarca la heterogeneidad de identidades de género que van más allá de las normas sociales binarias impuestas (Platero, 2014:16).

Transgresoras son, ante todo, las reivindicaciones trans* dirigidas a permitir que cada cual decida su sexo-género a voluntad, desnaturalizando y poniendo en evidencia las raíces culturales del sistema sexo-género moderno. Para ello cuentan ya con respaldo internacional (Principios de Yogyakarta de 2006) y un respaldo creciente en derecho comparado. A nivel europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha hecho eco de esta tendencia y ha reconocido el derecho a la reasignación de sexo-género como parte del derecho a la intimidad personal reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), y del derecho a la autonomía personal vinculado a él (*B v. France*, 25 de marzo de 1992; *Goodwin v UK*, 11 de julio de 2002).

Crece también la tendencia a des-medicalizar el proceso de reasignación de sexo-género en línea con las demandas del colectivo trans*, que pide que dicho proceso no esté sujeto a esterilización, patologización (diagnóstico de disforia de género), o a cirugía de reasignación. Así lo recogen los Principios de Yogyakarta. En línea con éstos, el TEDH ha declarado que imponer la esterilización como condición de acceso al proceso de reasignación es contraria al derecho a la integridad física y moral, reconocido en el artículo 8 del CEDH (*A.P., Garçon y Nicot v. Francia*, 6 de abril de 2017). En lo que concierne al diagnóstico de disforia de género, sin embargo, en esta misma Sentencia el TEDH dejó en manos de los Estados la posibilidad de exigirlo, como parte de su margen de apreciación, por entender que no existe consenso en sentido contrario entre los Estados parte del CEDH. En Europa hoy no se requiere dicho diagnóstico en Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Malta, Luxemburgo, Malta, Noruega, Portugal o, con matices, en los Países Bajos (VAN DEN BRINK & DUNNE, 2018: 62). En este sentido, es importante tener en cuenta que en su Resolución 2048 (2015), de 22 de abril, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó la abolición, no solo de la esterilización, sino también del diagnóstico sobre la salud mental como requisitos para la reasignación de sexo-género. Y es importante subrayar que en 2019 la Organización Mundial de la Salud eliminó la disforia de género de su lista de enfermedades mentales. En cuanto a la cirugía de reasignación como requisito, el TEDH no ha llegado a analizar su conformidad con el CEDH, si bien ha entendido como desproporcionadas, y por

ende contrarias al artículo 8 CEDH, ciertas exigencias asociadas ella (*S.V. v. Italy*, 11 de octubre de 2018; *X v. Macedonia*, 17 de enero de 2019).

En España, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no subordina la reasignación de sexo-género a cirugía (artículo 4.2), pero sí a un diagnóstico de disforia de género y su correspondiente tratamiento (artículo 4.1). Exige además la mayoría de edad (artículo 1), requisito que ha sido declarado inconstitucional, por desproporcionado, en cuanto que se formula en términos incondicionales, sin margen para atender individualizadamente a la madurez de las personas menores ni a su situación más o menos estable de transexualidad (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 9). Y regula la reasignación de sexo-género en el marco de un sistema que sigue siendo binario. En el momento de escribir, el gobierno español trabaja en un proyecto de ley sobre derechos de las personas trans*, cuyo objetivo es abordar, entre otras, las cuestiones anteriores, y que está suscitando fuertes controversias dentro y fuera del feminismo. Al igual que en la proposición de ley sobre *Protección Jurídica de las Personas Trans y el Derecho a la Libre Determinación de la Identidad Sexual y Expresión de Género*, presentada en febrero de 2018 por el Grupo Parlamentario de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, el proyecto parece apuntar además a la superación del binarismo sexo-género en que sigue anclada la Ley 3/2007, dando cobertura legal a identidades trans* no binarias mediante el reconocimiento de un tercer sexo-género. Hacerlo implica dar reconocimiento jurídico a la intersexualidad como fenómeno biológico y a realidades culturales intergénero.

873

Nada pone tan en cuestión el actual binarismo como las reivindicaciones de personas intersexuales/intergénero. La intersexualidad, los cuerpos que no encajan en ninguno de los dos polos binarios, son los cuerpos que el sistema se ha encargado de ignorar, los que no le importan (BUTLER, 1993). Constituyen, sin embargo, un porcentaje nada desdeñable de la población mundial, según datos de Naciones Unidas, entre un 0,05% y, al menos, un 1,7%²¹. La horquilla refleja la variedad de

21 United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (2015): Fact Sheet. Intersex. https://unfe.org/system/unfe-65-Intersex_Factsheet_ENGLISH.pdf.

tipos de intersexualidad, que a partir de una intersexualidad “perfecta”, infrecuente, abarca toda una serie de variedades, mucho más comunes. La intersexualidad puede, en efecto, tener origen cromosómico (desarrollo cromosómico atípico), hormonal (irregularidades en la producción de hormonas, generalmente andrógenos), gonadal (desarrollo gonadal atípico) y/o genital (genitales externos atípicos). Estos factores pueden interactuar entre sí en una multiplicidad de combinaciones, produciendo un abanico amplio y complejo de modalidades de intersexualidad, conocidas como *Desórdenes en el Desarrollo Sexual* (DSD en sus siglas en inglés), abierto a clasificaciones diversas. En algunas de sus manifestaciones, la intersexualidad se pone de manifiesto en el momento del nacimiento, en otras no lo hace hasta la infancia, la pubertad o incluso la vida adulta. Algunas personas intersexuales nunca descubren que lo son.

Si asumimos que sexo y género están entrelazados en el sistema sexo-género, el reconocimiento de la intersexualidad debe llevarnos al reconocimiento de identidades no binarias de género. No debe, pues, extrañarnos el afán de la ciencia moderna por reconducir esa realidad biológica a parámetros binarios. Es la tendencia iniciada en el siglo XIX a descartar toda intersexualidad como meramente aparente y a corregir esa apariencia mediante cirugía, incluyendo la *Mutilación Genital Intersexual* (IGM por sus siglas en inglés). Con ella vino el protagonismo otorgado a los órganos genitales como marcadores de identidad sexual, en concreto a un modelo ideal de genitales masculinos, erigido en marcador de ciudadanía activa. No debe extrañarnos que a un porcentaje desproporcionado de bebés con genitales ambiguos se les asigne el sexo femenino, por no encajar en ese modelo (DOMURAT DREGGER, 1998: 183). Y es que las operaciones de asignación de sexo, de “normalización”, frecuentes en la población intersexual y generalmente practicadas en bebés, persiguen objetivos de conformación cultural más que estrictamente médicos. Existe, además, poca información sobre sus posibles secuelas a largo plazo, debido a que el estigma que las circunda hace difícil un seguimiento sistemático de casos. Sumemos a eso que, en la medida en que se practican en bebés o, en todo caso, menores, no es posible contar con su consentimiento informado, ni saber si el sentido de la intervención temprana coincidirá con su futura identidad de sexo-género.

La Resolución 2191 (2017), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la promoción de los derechos humanos y la erradicación de la discriminación de las personas intersexuales, subrayó todo lo anterior, confirmando que la cirugía de “normalización” constituye una seria vulneración de la integridad física. En la misma línea se pronunció el Parlamento Europeo en su Resolución 2018/2878(RSP). En la misma línea se habían pronunciado el Consejo Ético alemán (2012)²², la Comisión Nacional de Ética para la Medicina Humana de Suiza (2012)²³ y la Comisión de Bioética de Austria (2017)²⁴. En la mayoría de los países europeos, sin embargo, la práctica de la cirugía de “normalización” en bebés intersexuales sigue siendo la norma (GHATTAS, 2020: 11), en estrecha relación con la falta de reconocimiento legal de identidades no binarias de sexo-género.

A nivel internacional, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24) como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 7) recoge la obligación de los Estados de proceder a la inscripción de bebés tras su nacimiento, incluyendo su nombre, pero sin contemplar la inclusión de su sexo-género. Los Principios de Yogyakarta Plus 10 (2017), por su parte, recomiendan a los Estados poner fin a la inclusión de este dato en documentos de identidad (Principio 31.A) y ofrecer, en el ínterin, una diversidad de opciones de sexo-género (Principio 31.C).

En el ámbito europeo, los informes sobre intersexualidad del Consejo Ético alemán, la Comisión Nacional de Ética para la Medicina Humana de Suiza y la Comisión de Bioética de Austria, arriba mencionados,

22 *Intersexuality. Opinion* (https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/DER_StnIntersex_Deu_Online.pdf -última consulta el 11 de enero de 2021).

23 *On the management of differences of sex development. Ethical issues relating to “intersexuality”. Opinion No. 20/2012* (http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK_Intersexualitaet_En.pdf -última consulta el 11 de enero de 2021).

24 *Intersexuality and Transidentity. Opinion of the Bioethics Commission* (<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/en/topics/bioethics-commission/publications-bioethics.html> -última consulta el 11 de enero de 2021).

han recomendado que, para las personas cuya identidad sexual no pueda determinarse sin ambigüedades al nacer, se incluya la opción de inscribirlas con un sexo-género alternativo al de “mujer” o “varón” (2012). En Alemania, la opinión se tradujo en 2013 en la regulación de la opción de no asignar a bebés intersexuales sexo-género alguno (*Personenstandsrechts-Änderungsgesetz*, 7 de mayo de 2013). A ella se añadió, en 2018, la opción legal de optar por una identidad de sexo-género no binaria definida en positivo, como sexo-género diverso (*Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*), después de que el Tribunal Constitucional Federal calificara su ausencia como discriminatoria (Sentencia de 10 de octubre de 2017). También el Tribunal Constitucional de Austria reconoció la obligación constitucional de reconocer una tercera opción de sexo-género, a menos que dicho dato sea eliminado del registro civil (Sentencia de 14 de marzo de 2018). Cada vez más Estados dentro y fuera de Europa incluyen el reconocimiento legislativo o jurisprudencial de opciones no binarias de sexo-género²⁵.

876

En España, el Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, dispone en su artículo 170, que en la inscripción de nacimiento ha de constar, entre otros datos, si la persona nacida es varón o mujer (“varón o hembra”, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 762/1993, de 21 de mayo). Su artículo 313 dispone también que, en caso de duda sobre el sexo o edad del nacido, emitirá dictamen el Médico del Registro Civil o su sustituto. Consignado en estos términos binarios, el dato del sexo debe constar en el Documento Nacional de Identidad (Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, artículo 11), y ello pese a que el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, prohíbe que en este Documento puedan figurar datos personales que no respeten el derecho a la intimidad de la persona, con mención expresa de los datos relativos a la identidad sexual. Es de esperar

25 Vid. los datos recogidos por Human Rights Watch, en <https://www.hrw.org/news/2020/09/08/transgender-third-gender-no-gender-part-i>

que la ley que regule los derechos de las personas trans* ponga fin a esta situación con el reconocimiento legal de un tercer sexo-género.

Aceptar que no cabe imponer una asignación binaria a bebés que nacen intersexuales, menos aún mediante cirugía, que ésta sólo debe ser abrazada como opción consciente e informada por personas mayores, equivale a tomar consciencia de que con ella se persiguen objetivos más culturales que médicos, abriendo la puerta a la disolución del binarismo sexo-género. Lo cual supone abrir la puerta, a su vez, a la pérdida de relevancia del sexo-género tal y como lo conocemos, tal y como fue construido por la modernidad, como piedra de toque en la definición de la ciudadanía y fuente de la discriminación estructural de las mujeres. Hacerlo puede suponer un paso decisivo hacia el fin de ésta última.



Bibliografía

877

1. ÁLVAREZ, S. (2014): "El umbral de autonomía: la concepción relacional y la construcción de las opciones", en *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto* (Liborio L. Hierro, coord.), Madrid: Marcial Pons, pp. 53-79.
2. AMORÓS, C. (2000): *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Madrid: Cátedra.
3. AGUADO, A. (2012): "Constructing Women's Citizenship: The Conquest of Suffrage and Women's Political Rights in Spain", en *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens* (B. Rodríguez-Ruiz & R. Rubio-Marin eds.), Leiden-Boston: Brill, pp. 289-303.
4. AMARAL, M.I. & T. ANJINHO (2012): "Winning Women's Vote: Female Suffrage in Portugal", en *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens* (B. Rodríguez-Ruiz & R. Rubio-Marin eds.), Leiden-Boston: Brill, pp. 475-489.
5. ARCHENTI, N. y M.I. TULA, (2007): "Cuotas de género y tipo de lista en América Latina", *Opinao Pública*, vol. 13, pp. 185-218.
6. BARRÈRE UNZUETA, M. (2008): "Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación", *Mujeres, derechos y ciudadanías* (Ruth M. Mestre I Mestre, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 45-71.

7. (2013): “Versiones de la democracia, feminismos y política radical”, *Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina* (Ruth Mestre i Mestre. & Yanira Zúñiga Añazco, coords.), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 45-80.
8. BUTLER, J. (1993): *Bodies that Matter. On the discursive limits of sex*, London & New York: Routledge.
9. DAHLERUP, D. (1988): ‘From a Small to a Large Minority: Women in Scandinavian Politics’, *Scandinavian Political Studies*, vol. 11/4, pp. 275–97.
10. DAHLERUP, D. & L. FREIDENVALL (2005): “Quotas as a ‘Fast Track’ to Equal Representation for Women. Why Scandinavia is no longer the model”, *Feminist Journal of Politics*, vol. 7/1, pp. 26–48.
11. DOMURAT DREGGER, A. (1998): *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Massachussets: Harvard University Press.
12. DUBLER, A. (2003): In the Shadow of Marriage: Single Women and the Legal Construction of the Family and the State, *Yale Law Journal* vol. 112, pp. 1641-1715.
13. FOUCAULT, M. (1976-1981ed), *The Will to Knowledge. The History of Sexuality 1*, Middlesex: Penguin Books.
14. FRASER, N. (1996): “Gender Equity and the Welfare State: A Postindustrial Thought Experiment”, en *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political* (BENHABIB, Seyla ed.), New Jersey: Princeton University Press, pp. 219-241.
15. FRASER, N. & L. GORDON (1994): “Civil citizenship against social citizenship?”, en *The Conditions of Citizenship* (Bart Van Steenbergen, ed.), London: Sage, pp. 90-107.
16. GHATTAS, D.C (2020): *Protecting Intersex People in Europe: A Toolkit for Law and Policymakers*, Brussels: ILGA Europe.
17. GILLIGAN, C. (1982): *In a Different Voice*, Massachussets: Harvard University Press.
18. HABERMAS, J. (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
19. KUNOVICH, S. & P. PAXTON (2005): “Pathways to Power: The Role of Political Parties in Women’s National Political Representation”, *American Journal of Sociology*, vol. 111/2, pp. 505–52.
20. LA TORRE, M. (2008): *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Madrid: Dykinson.

21. LASSALLE, F. (1997ed.): “¿Y Ahora?”, en *¿Qué es una constitución?*, Barcelona: Ariel, págs. 152-168.
22. LISTER, R. (1997): *Citizenship. Feminist Perspectives*, New York: Palgrave.
23. MANCINI, S. (2012): “From the Struggle for Suffrage to the Construction of a Fragile Gender Citizenship: Italy 1861-2009”, en *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens* (B. Rodríguez-Ruiz & R. Rubio-Marin eds.), Leiden-Boston: Brill, pp. 373-388.
24. NORRIS, P. & M.L. KROOK (2011): *Gender Equality in Elected Office: A Six-Step Action Plan*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR).
25. ORTEGA, C. y J.M. TRUJILLO (2011): “Cuotas legales de género y sistemas electorales. Las elecciones a Cortes Generales de 2008”, *X Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración*, Murcia, 7-9 de septiembre de 2011.
26. PATEMAN, C. (1988): *The Sexual Contract*, Stanford: Stanford University Press.
27. (1989). *The disorder of women: democracy, feminism, and political theory*. Stanford, California: Stanford University Press.
28. PHILLIPS, A. (1995): *The Politics of Presence*, Oxford: Clarendon Press.
29. PLATERO, R.L. (2014). *Trans*sexualidades. Acompañamiento, factores y recursos educativos*. Barcelona: Bellaterra.
30. PITCH, T. (2008): “Libertad femenina y derechos”, *Mujeres, derechos y ciudadanías* (Ruth M. Mestre I Mestre, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 117-133.
31. PITKIN, H.F. (1967): *The Concept of Representation*, University of Berkeley-Los Angeles-London: California Press.
32. RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2010): “Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149, pp. 87-122.
33. RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2017): *Género y Constitución. Mujeres y Varones en el Orden Constitucional Español*, Lisboa: Juruá.
34. RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2019-ed): *Autonomía, Género y Derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres*.
35. RUBIN, G. (1975): “*The Traffic in Women: Notes on the ‘Political Economy’ of Sex*”, en *Toward an Anthropology of Women*, editado por R. Reiter, Monthly Review Press, New York, pp. 157-210.
36. STONE, D. (2000): “*Why We Need a Care Movement*”, *Nation*, March 13, 13-15.

37. TAMERIUS, K. L. (2010): "Sex, Gender and Leadership in the Representation of Women", en *Women, Gender and Politics. A Reader* (M.L. Krooks & Sarah Childs, eds), New York: Oxford University Press, pp. 243-249
38. TREMBLAY, M. & R. PELLETIER (2000), "More Feminists or More Women? Descriptive and Substantive Representations of Women in the 1997 Canadian Federal Elections", *International Political Science Review*, Vol. 21/4, pp. 381-405.
39. TRONTO, J. (2003): "*Care as the Work of Citizens. A Modest Proposal*", en *Women and Citizenship* editado por M. Friedman, Oxford: Oxford University Press, pp. 131-145.
40. VAN DEN BRINK, M. & P. DUNNE (2018): *Trans and intersex equality rights in Europe – A comparative analysis*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
41. YOUNG, I.M. (2010): "Representation and Social Perspective", en *Women, Gender and Politics. A Reader* (M.L. Krooks & Sarah Childs eds.), New York: Oxford University Press, pp. 193-199.
42. WÄNGNERUD, L. (2009): "Women in Parliaments: Descriptive and Substantive Representation", *The Annual Review of Political Science*, vol. 12, pp. 51-69
43. WITTIG, M. (1992): "On the Social Contract", en *The Straight Mind and other Essays*, Boston: Beacon Press, pp. 33-45.

El acceso de las parejas *same-sex* al matrimonio: el respeto del principio de igualdad para la construcción de un estándar común de protección de las personas homosexuales en Europa*

✍ SILVIA ROMBOLI**

*«Of Equality-As if it harm'd me, giving others the
same chances and rights as myself-As if it
were not indispensable to my own rights that
others possess the same».*

Walt Whitman

881

1. Agradecimientos

Es mi intención empezar este trabajo agradeciendo al promotor y coordinador de la obra, el profesor Gorki Gonzales Mantilla, excelente constitucionalista y gran amigo de toda mi familia, la elección de dedicar un libro homenaje a la celebración del recorrido científico y académico de mi padre. Asimismo, agradezco la entusiasta y afectuosa participación de todas/os las/os demás amigas/os y compañeras/os que han enriquecido con sus valiosas contribuciones esta importante obra.

Mi padre fue mi maestro mucho tiempo antes de que yo empezara los estudios de Derecho, como lo son todos los buenos padres y las buenas madres, al fin y al cabo. Recuerdo con mucha ternura a mi

* El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco de los Proyectos: “The constitutional bases of Europe: building a «common European constitutional culture»”, Erasmus+ Programme –Jean Monnet Activities, 599490-EPP-1-2018-1-ES-EPPJMO-PROJECT, y “The Constitutional Bases of Europe: «Towards the Citizens of Europe»”, Erasmus+ Programme– Jean Monnet Activities, 621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT.

** Profesora de Derecho Constitucional en la Universitat Ramon Llull - ESADE. silvia.romboli@esade.edu

padre corrigiendo mis primeros temas de lengua y enseñándome la mejor manera para transmitir mis ideas y pensamientos, siempre con la debida humildad.

Pero no es mi intención, en esta ocasión, agradecerle lo mucho que se ha dedicado a mis trabajos, a revisarlos y por qué no, a enriquecerlos con ideas que surgen durante nuestras charlas; tampoco quiero darle las gracias por todo lo que ha hecho como padre durante nuestra infancia y adolescencia (la mayoría de las personas que leerán este libro conoce personalmente a mi padre y sabe que es un hombre disponible, divertido y cariñoso).

Lo que quiero agradecer a mi padre, a través de esta contribución, es algo que mi madre, mi hermano y yo hemos recibido de él prácticamente de forma inconsciente, gracias a la combinación de la esfera profesional y de aquella personal.

882

Me refiero al desarrollo de una cierta sensibilidad respecto de determinados temas “constitucionalmente relevantes”, que siempre han sido objeto de discusión y reflexión en nuestra casa, como pueden ser los asuntos relativos a la discriminación de las minorías sexuales o religiosas, o el tema de la eutanasia y la importancia de tener derecho a una vida y a una muerte digna.

Creo que de este mismo enriquecimiento no solo profesional sino también personal, gracias al debate constante sobre temas propios del Derecho Constitucional, se han beneficiado también muchas de las personas que han tenido la ocasión y la suerte de trabajar con él o cruzarle en su camino.

Por tanto, aprovecho este homenaje para decirle al Prof. Romboli que no ha contribuido “solo” en el avance del Derecho procesal constitucional, o en formar una escuela de grandes profesionales, sino que su mayor aportación ha sido, sin lugar a dudas, en mi opinión, educarnos con total humildad y casi inconscientemente a todas/os en la cultura de los principios y valores constitucionales y en cómo aplicarlos en nuestro día a día, en la tolerancia, en el pluralismo ideológico, religioso y político,

con su ejemplo y sus palabras; todo esto nos ha permitido tener un entorno más inclusivo y más respetuoso de los derechos de todos. Esto sí que es Constitución “viviente”.

Dicho esto, elegir el tema para celebrar la trayectoria de mi padre no ha sido sencillo. Nuestro homenajeado se ha ocupado prácticamente de todos los ámbitos del Derecho Constitucional, y decidir cuál merece recibir una modesta aportación por mi parte me ha llevado algo de tiempo. Pero justo esta educación a la “sensibilidad” respecto de temas “constitucionalmente relevantes” ha hecho que optara por un tema que en nuestra familia ha estado presente desde mi infancia: la lucha contra la discriminación por orientación sexual, como exigencia para construir una sociedad más justa. Mi padre se ha ocupado de esta temática en muchos de sus trabajos, sobre todo desde una perspectiva interna, nacional, en particular a través del análisis de las sentencias de la Corte constitucional italiana relevantes en este ámbito¹. Por esta razón, mi contribución se centrará en los avances en tema de protección de los derechos de las personas y parejas homosexuales en el ámbito supranacional (europeo), para intentar ser complementario respecto de las valiosas aportaciones de nuestro homenajeado.

883

2. Introducción

Desde ángulos y perspectivas distintas, tanto la doctrina jurídica como diferentes instituciones² luchan desde hace años, cada una con sus propios medios, para que, en materia de derecho de familia, se actualicen aquellos ámbitos básicos y esenciales para garantizar unos estándares mínimos de protección a las personas que pertenecen a determinadas

1 Pueden verse, entre otros: ROMBOLI, R., “Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 2, 2010, pp. 1-21; ROMBOLI, R., “La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice”, en *Il Foro Italiano*, núm. 2680, 2014, pp. 14-22.

2 Entre ellas, pueden mencionarse las numerosas asociaciones para la protección de los derechos de las personas LGBTI, las instituciones nacionales e internacionales, algunos partidos políticos nacionales, etc.

tipologías de núcleo familiar. En muchos casos, la falta de estos niveles mínimos se debe a la entrada en escena, al lado de la familia «tradicional», cuyo régimen jurídico ya está regulado por ley, de nuevos modelos familiares que el legislador (nacional o supranacional) está tardando en reconocer y proteger adecuadamente.

En estos casos, la ausencia de reconocimiento jurídico de estas familias provoca, en primer lugar y de la forma más evidente, la vulneración del principio de igualdad y de no discriminación de los sujetos que forman parte de los núcleos familiares «inéditos»³, en razón de la imposibilidad, para estos individuos, de acceder a determinados instrumentos jurídicos y poder, en consecuencia, gozar de los mismos derechos respecto de los miembros de las familias «tradicionales». Uno de los ejemplos más claros y probablemente entre los más comentados de violación del principio de no discriminación en este ámbito es, sin duda, el caso del acceso al matrimonio por parte de las parejas homosexuales.

884

Es difícil no estar de acuerdo con lo afirmado por Vallières respecto del matrimonio: ciertamente este constituye uno de aquellos temas en los que los individuos, al discutir y debatir sobre ello, terminan por conectar sus afirmaciones con valores fundamentales, con ideas que se ven influenciadas por los sentimientos, las creencias y la tradición⁴.

Sin embargo, de otro lado, no puede afirmarse que, en particular desde el punto de vista jurídico, el matrimonio sea un rito que pertenece

3 Para un estudio detallado sobre los nuevos modelos familiares y las problemáticas a las que estas se enfrentan por la falta de regulación, puede verse, entre otros PALAZZO, N., *Marital status discrimination in the allocation of rights, obligations, and benefits: legal paths to protect non-normative families*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Trento, 2019, disponible en la página web: <https://core.ac.uk/download/pdf/195485831.pdf>. Muy interesante también, desde un punto de vista no estrictamente jurídico: RUIZ SEISDEDOS, S. Y MARTÍN CANO, M. DEL C., «Nuevas formas de familia, viejas políticas familiares: las familias monomarentales», *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, n. 33, 2012, pp. 159-175.

4 VALLIÈRES, A., «La prohibición del matrimonio entre cónyuges del mismo sexo como discriminación por razón de orientación sexual (un comentario a la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo del Tribunal Supremo de Canadá)», *Revista de Derecho Político - UNED*, n. 68, 2007, pp. 297-298.

exclusivamente a la religión o a la tradición, en particular cuando se razone sobre el matrimonio civil; se trata de un acuerdo entre dos partes que crea un vínculo entre estas, con consecuencias jurídicas precisas. Por esta razón, en las sociedades del siglo XXI en las que se reconozca el principio de igualdad y se rechace cualquier discriminación en razón del sexo o de la orientación sexual, puede resultar contradictorio que se siga debatiendo sobre el derecho de las parejas *same-sex* al acceso al mencionado vínculo jurídico⁵.

A pesar de esta paradoja, evidente para muchos, pero incomprensibles para algunos otros, el debate sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo se ha convertido en una de las expresiones más recientes de la «exigencia de protección» del colectivo gay. En honor a la verdad, prácticamente todas las normativas relativas a la protección de las personas homosexuales frente a la discriminación representan intervenciones relativamente nuevas. Los ordenamientos jurídicos del entorno europeo hoy en día reconocen entre las causas de prohibición de discriminación la orientación sexual (algunos países de una forma expresa, otros gracias a su reconocimiento jurisprudencial por parte de los tribunales constitucionales⁶), pero no hay que olvidar que hasta hace unas décadas muchos países perseguían las conductas homosexuales a través de

5 De esta opinión, por ejemplo: SPERTI, A., *Omosessualità e diritti*, Pisa University Press, Pisa, 2013; y, de la misma autora: «Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», *Studium Iuris*, núm 10, 2018, 1155-1164.

6 Las Constituciones de primera y de segunda generación (como, respectivamente y entre otras, la italiana y la española) no reconocen entre las causas expresas de prohibición de discriminación la orientación sexual, que fue incorporada posteriormente gracias a la doctrina de las Cortes constitucionales. Entre las Carta de Derechos de naturaleza supranacional citadas en este trabajo, solo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hace mención expresa a la orientación sexual en su art. 21, que declara “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.

una regulación específica en el código penal⁷. O que, durante la Segunda Guerra Mundial, la limpieza étnica directa a la exterminación del pueblo judío se dirigió, entre otros, también contra los homosexuales.

El fenómeno de la homosexualidad a finales de los años 80 seguía siendo algo desconocido, oculto, incluso ilegal, o por lo menos inmoral.

La situación hoy ha cambiado considerablemente, por lo menos en la mayoría de los países occidentales. En primer lugar, claramente, en todo lo que concierne a las políticas de protección de las personas homosexuales frente a posibles discriminaciones. Y, además, respecto del tema del que trata este trabajo, en relación con el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio o a formas equivalentes de uniones registradas. En efecto, ya son muchísimos los países de Europa y de las Américas que reconocen un conjunto de derechos y deberes a las parejas *same-sex*, aunque la evolución de este reconocimiento no haya seguido siempre el mismo recorrido y las mismas modalidades en todos los países⁸.

7 Se ha querido precisar al principio de este párrafo que mis reflexiones se refieren exclusivamente al “entorno europeo”. Como es notorio, la discriminación y la persecución de las personas homosexuales sigue siendo una realidad en muchos países ubicados en otros continentes.

8 En efecto, en algunos casos el legislador ha ampliado el derecho al matrimonio también a las parejas homosexuales, en otros ha aprobado una regulación paralela al matrimonio «tradicional» denominada en muchos casos «unión civil» o «parejas de hecho». Asimismo, en relación con estos dos últimos casos, en determinados países la nueva normativa se aplica solo en caso de uniones homosexuales, en otros también para las parejas heterosexuales que no quieran casarse, pero quieran crear un vínculo jurídico entre ellos. Hay que añadir que, en ciertas ocasiones, después de la aprobación de estas regulaciones, las minorías parlamentarias han planteado recursos de inconstitucionalidad ante las respectivas Cortes constitucionales. Caso distinto, por ejemplo, constituye la experiencia italiana: la Corte constitucional se pronunció debido al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que tenía por objeto una omisión del legislador (según ROMBOLI, R., «Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco” », *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 2010, 1-21, este objeto de enjuiciamiento fue “creado” por la misma Corte; véase también SPERTI, A., *Omosessualità e diritti*, Pisa University Press, Pisa, p. 150); además, el legislador italiano intervino para regular las uniones *same-sex* solo después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara a Italia por no proteger con ningún instrumento jurídico este tipo de familias. Para una visión general referida a Europa sobre esta materia puede consultarse, entre otros, el trabajo de María Martín Sánchez (MARTÍN SÁNCHEZ, M., «Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado», *Revista Española de Derecho*

Los tribunales supranacionales, en particular –para las finalidades de esta investigación– el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), no han quedado extraños a este debate que algunos comentaristas han definido de «dimensión global»⁹.

Es mi intención, por lo tanto, dedicar este trabajo de investigación al examen de los que, en mi modesta opinión, pueden considerarse los tres puntos de inflexión, esto es, tres momentos trascendentes en la creación de un estándar común de protección de las parejas homosexuales en Europa, en un camino que tiende a la equiparación de los derechos de las parejas heterosexuales respecto de las *same-sex*. Este camino pasa, a mi parecer, necesariamente por la ampliación del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, que sigue siendo una de las causas más evidentes de discriminación de las personas homosexuales¹⁰.

Los «momentos» que se irán analizando se refieren a la emisión de determinadas sentencias del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal de Luxemburgo. No hay duda de que la evolución de la jurisprudencia de estos dos tribunales supranacionales esté jugando un papel fundamental en la construcción de un estándar común de protección para las personas y las parejas homosexuales en el entorno europeo. En efecto, los contenidos de cada una de estas decisiones han orientado sensiblemente las posteriores actuaciones de los legisladores nacionales o inspirado la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinarias y constitucionales de los

Constituzional, n. 107, pp. 219-253). Sin embargo, tratándose de un trabajo del 2016, incluye datos que necesitarían ser actualizados (entre otros: Alemania y Austria, mientras tanto, han pasado de reconocer el derecho a las uniones civiles al derecho al matrimonio para las parejas *same-sex*, pp. 244-245). Más reciente, sobre el mismo tema, MASCIOTTA, C., *Costituzione e Cedu nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze, 2019.

9 SPERTI, A., «Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso e il c.d. “divorzio imposto”», en CATELANI, E. *et al.* (coords.), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, 2015, p. 107.

10 De la misma opinión, pero reflexionando sobre la situación norteamericana, también: YOSHINO, K., «A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges», *Harvard law review*, Vol. 129, n. 1, 2015, pp. 147-179.

Estados miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea, en un virtuoso dialogo entre tribunales¹¹.

3. El primer momento de cambio: la sentencia del TEDH de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*

Como es sabido, el art. 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (CEDH) no reconoce expresamente la orientación sexual entre las causas de no discriminación. Pese a ello, la Comisión Europea de Derechos Humanos reconocerá la misma entre los motivos que tienen que fundar la prohibición de discriminación en ocasión del caso *Sutherland c. UK* ya a mitad de los años noventa del siglo pasado¹².

888

Los primeros movimientos de la comunidad internacional en la dirección de una efectiva igualdad de trato entre personas hetero y homosexuales fueron lentos y poco significativos durante muchos años, en los cuales la protección de las personas *gays* se asoció únicamente con la necesidad de respetar su vida privada, su «privacidad». La homosexualidad constituía una elección personal e íntima relativa a un ámbito exclusivo de cada persona, ajena a la intromisión de los poderes públicos o de terceros.

Un paso verdaderamente fundamental en este camino se hará, por tanto, cuando la orientación sexual dejará de significar únicamente como circunstancia personal para tener una proyección también colectiva. Me refiero al momento en el que la homosexualidad empieza a tener relevancia como factor «relacional», esto es, a constituir una situación digna de protección no solo como elemento de la vida privada, sino también, como factor que constituye la vida «familiar». Este punto de inflexión fundamental deriva de la muy conocida sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Schalk y Kopf c. Austria*, de 2010.

11 Por razones inherente a la extensión de este trabajo, no será posible aludir a los efectos que estas importantísimas decisiones han tenido en los diferentes Estados europeos.

12 Decisión de la Comisión EDH (Pleno) n. 25186/94, asunto *Sutherland c. UK*, de 21 de mayo de 1996, analizado también por SPERTI, A., *Omosessualità e diritti*, cit., p. 16.

Tratándose del *leading case* en materia de protección de las parejas homosexuales, muy conocido por la mayoría de los estudiosos, se resumirán brevemente los hechos y se pondrá el foco de atención en los contenidos más relevante para los fines de esta investigación. El caso trae origen de la denegación, por parte de las autoridades competentes austriacas, de la solicitud de matrimonio de dos personas del mismo sexo (SCHALK y KOPF). Los dos señores recurrieron en vía judicial ordinaria la denegación en cuestión (fundada en la necesidad de la diferencia de sexo entre los cónyuges) hasta llegar al Tribunal Constitucional austriaco, que desestimó la cuestión y afirmó que no existe una obligación de reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. Schalk y Kopf recurrieron entonces ante el TEDH. Merece la pena mencionar un suceso que constituirá un elemento esencial para la decisión del Tribunal de Estrasburgo: en enero de 2010 entró en vigor en Austria la Ley de Uniones Registradas, que reconoce a las parejas *same-sex* muchos de los derechos y deberes que tienen las personas que integran una pareja casada, sin equiparar, sin embargo, del todo el reconocimiento jurídico y sus efectos al matrimonio¹³.

889

Volviendo a los acontecimientos judiciales, los recurrentes alegan ante el TEDH, de un lado, una situación de desprotección debida a la denegación de la autorización a casarse y por lo tanto una discriminación respecto de las personas y parejas heterosexuales (arts. 14 y 12 CEDH) y la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Pero, de otro, que, aunque ahora las parejas del mismo sexo pueden obtener una forma de tutela con la entrada en vigor de la Ley de 2010 de Uniones Registradas, la misma no equipara los derechos de las personas homosexuales a aquellos de los heterosexuales, vulnerando igualmente sus derechos *ex* arts. 8, 12 y 14 CEDH. Asimismo, alegan una situación de desprotección que ha perdurado desde su petición a acceder al matrimonio hasta la entrada en vigor de la Ley austriaca.

13 Por ejemplo, no se reconocen a las parejas registradas el derecho a adoptar un menor, el hijastro, ni el acceso a las técnicas de inseminación artificial.

La respuesta del Tribunal Europeo es esencial para el tema analizado en estas páginas, a saber, el estudio de la construcción de un estándar común de protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación.

En primer lugar, la Corte de Estrasburgo declara que la interpretación literal pero también evolutiva o viviente del Convenio y en particular de su art. 12 (derecho al matrimonio) no obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa a reconocer el acceso al matrimonio también a las parejas homosexuales. No obstante, se añade, el Convenio tampoco prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal opta por no proporcionar una interpretación definitiva y tajante sobre el asunto y afirma que, dado que todavía no hay consenso en Europa sobre este tema, la elección con respecto al acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio debe permanecer dentro del margen de apreciación estatal¹⁴.

890

La Sentencia *Schalk y Kopf* es fundamental, en segundo lugar y como se ha aludido antes, porque por vez primera el Tribunal de Estrasburgo afirma que las parejas homosexuales se encuentran exactamente en la misma situación que las heterosexuales en cuanto a la necesidad de reconocerles el derecho al respeto de su vida familiar (por lo tanto, la homosexualidad tiene relevancia en la vida pública porque también las uniones homosexuales –*de facto* o de derecho– constituyen una familia). No obstante todo lo que precede, el Tribunal Europeo afirma que, dado que el art. 12 CEDH no obliga a los Estados a abrir el acceso al matrimonio también a este tipo de pareja, no es discriminatorio establecer un tipo diferente de reconocimiento legal para estas uniones. La regulación de las uniones civiles y del matrimonio son ámbitos estrechamente vinculados

¹⁴ Sobre la doctrina del margen de apreciación estatal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse, por ejemplo: GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010; GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143.

con las tradiciones y la cultura de cada país y, por lo tanto, todos sus contenidos quedan en la discrecionalidad del legislador nacional.

No hay ninguna violación, entonces, de los derechos de los recurrentes reconocidos en los artículos 12 (derecho al matrimonio), 14 (prohibición de discriminación) e incluso el artículo 8 (vida privada y familiar), porque, mientras tanto, Austria había aprobado una legislación sobre las uniones civiles a la que podían acceder también las parejas homosexuales.

Parece oportuno evidenciar algunos elementos muy positivos de esta decisión del Tribunal de Estrasburgo y otros, se podría decir, «mejorables» en relación con la necesidad de afirmar un estándar común de protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en el acceso al matrimonio. Empezando con los segundos, resulta patente que el TEDH «decide deliberadamente de no decidir», esto es, decide no proporcionar un nivel básico y esencial de tutela del principio de igualdad en este ámbito específico. El Tribunal, en efecto, opta por dejar todas las decisiones al margen de apreciación estatal; y me refiero, en particular, a las decisiones respecto de los tiempos de intervención estatal (cuándo aprobar una ley sobre el matrimonio u otra tipología de unión para las personas homosexuales), y también a aquellas relativas a las modalidades y a los contenidos de estas intervenciones (cada Estado elegirá «qué conceder» a los homosexuales y con qué diferencias respecto del régimen aplicable a los heterosexuales). Es evidente la quiebra del principio de igualdad y no discriminación en la que pueden incurrir los Estados miembros del Consejo de Europa, al no recibir con la sentencia sobre el caso *Schalk y Kopf* ninguna directriz precisa, ni una justificación solida que pueda fundamentar la diferencia de trato entre personas con distintas orientaciones sexuales en el acceso a un negocio jurídico como es el matrimonio civil¹⁵.

15 En efecto, en los apartados 96-99 de la Sentencia, el TEDH analiza la queja de los demandantes en lo que concierne a la violación del art. 14 CEDH, pero no proporciona absolutamente ninguna conclusión que avale la falta de discriminación, sino, antes bien, se limita a reconocer el amplio margen de discrecionalidad estatal en este ámbito.

Del otro lado, tiene también que resaltarse el elemento que convierte la Sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, de 2010 en el *leading case* en materia de protección de las parejas homosexuales: la homosexualidad tiene relevancia como elemento personal y también en su dimensión relacional, siendo las parejas homosexuales merecedoras de protección por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales tanto como las parejas heterosexuales¹⁶. El art. 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar), desde ese momento, también incluye la necesidad de reconocimiento legal y protección de las relaciones homosexuales.

4. El segundo punto de inflexión: la sentencia del TEDH de 2015, asunto *Oliari y otros c. Italia*

El segundo momento fundamental, a mi parecer, en la construcción de un estándar común de protección contra la discriminación para las parejas homosexuales en Europa, es la progresión desde la afirmación, por parte del TEDH, de la existencia de un amplio margen de apreciación estatal sobre este argumento (como se ha examinado en la Sentencia de 2010) a la condena por parte del mismo tribunal de aquellos Estados que no hayan aprobado aún una legislación que reconozca la unión homosexual como familia, y que proteja consecuentemente los derechos de las personas que formen parte de ella¹⁷. A renglón seguido, el Tribunal de Estrasburgo empezará a condenar también a los Estados que haya aprobado una regulación de las uniones *same-sex*, pero que lo hayan hecho después de mucho tiempo desde la Sentencia *Schalk y Kopf* sin un justificado motivo¹⁸.

La postura del TEDH es clarísima, y descende en buena medida de su anterior doctrina sentada justo en la sentencia de 2010 analizada en las páginas anteriores: los Estados miembros del Consejo de Europa no están obligados a permitir el acceso al matrimonio también a las parejas

16 Sentencia del TEDH, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, apartado 94.

17 Sentencia del TEDH, asunto *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015.

18 Puede consultarse, a este respecto, la Sentencia del TEDH, asunto *Orlandi y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2017.

homosexuales; no obstante, deben reconocer a través de sus legislaciones los derechos y regular los deberes de tales parejas, en cuanto «agrupación» que ejerce el derecho a la vida familiar protegida por el art. 8 del CEDH.

Este segundo paso en adelante en la protección antidiscriminatoria de las parejas *same-sex* tiene lugar con la Sentencia del Tribunal Europeo *Oliari y otros c. Italia*, de 2015. En este caso, tres parejas formadas por personas del mismo sexo plantearon un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que la legislación italiana no les otorgaba la posibilidad de casarse o efectuar otro tipo de unión civil y que, como consecuencia de eso, se les estaban vulnerando varios derechos contenidos en el Convenio (en concreto, arts. 8, 12 y 14 CEDH).

El Tribunal de Estrasburgo empieza su razonamiento diferenciando el caso *Oliari y otros* del caso *Schalk y Kopf*. En el primero, los recurrentes se encuentran en una situación de total desprotección, pues la legislación italiana no preveía, en el momento del recurso, ninguna fórmula de unión entre parejas hetero u homosexuales distinta del matrimonio. Asimismo, en Italia las personas homosexuales no podían (y siguen sin poder) acceder al matrimonio según jurisprudencia reiterada, incluso constitucional¹⁹. Por el contrario, en el asunto *Schalk y Kopf*, Austria había aprobado, durante los sucesos judiciales y antes de la sentencia del TEDH, una legislación sobre la materia; en aquella ocasión el Tribunal Europeo solo tuvo que decidir si hubo vulneración de los derechos de los recurrentes en el plazo entre la petición de matrimonio y la aprobación de la ley, y si una ley que no reconociera exactamente los mismos derechos y deberes a las parejas «registradas» respecto de las casadas era discriminatoria. En el asunto *Oliari y otros c. Italia*, y después de que tanto el TEDH en su doctrina como los demás órganos del Consejo de Europa a través

19 Véanse las Sentencias n. 138/2010, de 14 de abril y 170/2014, de 11 de junio, de la Corte constitucional italiana; en doctrina, sobre el tema, puede consultarse, entre otros, ROMBOLI, S., «¿La más bella del mundo es también la más igualitaria? Reflexiones al hilo de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de acceso al matrimonio para las parejas *same-sex*», RÍOS VEGA, L. E. Y SPIGNO, I., (dirs.), *Estudios de casos líderes nacionales. Vol. XVII. Los Derechos Humanos en La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana*, Tirant lo Blanch, México, 2020 (en prensa).

de Recomendaciones o Resoluciones habían exhortado a los Estados a regular la condición jurídica de las parejas homosexuales, los recurrentes, ciudadanos italianos, seguían sin ver protegidas sus condiciones personales y como pareja.

Una vez dejadas claras esas premisas, la Corte de Estrasburgo reitera que, aunque no exista una obligación para los Estados de dar acceso al matrimonio a las parejas homosexuales *ex arts.* 12 y 14 CEDH, las mismas están protegidas por el art. 8 CEDH. En Italia, en ausencia de una regulación específica, los tribunales ordinarios se encuentran ante la necesidad de decidir caso por caso sobre específicas pretensiones o derechos, muchas veces proporcionando soluciones diferentes. Esto provoca la existencia de un obstáculo para el reconocimiento y el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar de las personas homosexuales, así como una protección carente y no suficiente de los derechos de estas personas²⁰.

894

El TEDH, en los apartados 174 y siguientes de la sentencia, reitera cuanto ya afirmado en el 2010 en términos generales, esta vez refiriéndose al caso italiano: dado que en Italia no se permite el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, es necesario que se establezcan formas alternativas de protección para este fenómeno que cada vez tiene más visibilidad y aceptación social. No valen, por lo tanto, las alegaciones del Gobierno italiano, que afirma que regular esa materia entra dentro del ámbito de discrecionalidad y apreciación del legislador italiano, que puede elegir los tiempos y modalidades para hacerlo, sin explicar nada más sobre las razones de la inactividad del legislador sobre este tema. En efecto, el TEDH confirma parte de las afirmaciones del Gobierno italiano, pero añade y precisa que la amplitud del margen de apreciación depende de muchos factores. Declara el juez de Estrasburgo que, en este caso, el legislador italiano no tiene ninguna justificación por su inactividad. Ya había sido exhortado por las máximas jurisdicciones nacionales (incluida su Corte constitucional) y por las autoridades internacionales, sin que actuara. Las

20 Sentencia del TEDH, asunto *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015, apartados nn. 171 y 172.

estadísticas, asimismo, demuestran el respaldo de la mayoría de los italianos a las políticas antidiscriminatoria hacia las personas homosexuales, entre ellas cuales el reconocimiento de las uniones civiles. Pues el TEDH concluye que: «Al no haber el Gobierno italiano especificado un interés colectivo prevaleciente en relación con el cual equilibrar los intereses muy importantes de los demandantes, como se identificó anteriormente, y en vista del hecho de que las conclusiones de los tribunales internos en este asunto siguen siendo una letra muerta [no atendidas], la Corte concluye que el gobierno italiano ha excedido su margen de discrecionalidad y no ha cumplido con la obligación positiva de garantizar que los solicitantes tuvieran un marco legal específico que permitiera el reconocimiento y la protección de sus uniones homosexuales.[...]. Por lo tanto, ha habido una violación del artículo 8 de la Convención»²¹.

Por lo que atañe a la violación de los arts. 12 y 14 CEDH, la Corte de Estrasburgo reitera la doctrina *Schalk y Kopf*, y declara que, pese a la evolución gradual de los Estados en esta materia²², el artículo 12 del Convenio no impone al gobierno demandado la obligación de conceder el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, y esta diferencia de trato no supone una discriminación a los efectos del art. 14 CEDH.

895

La condena al Estado italiano, en definitiva, se funda únicamente en la violación del derecho a la vida familiar de los demandantes (art. 8 CEDH), dado que éste, sin justificar adecuadamente las razones, no había aún aprobado una normativa que regulara la vida familiar de las parejas homosexuales, contraviniendo las indicaciones tanto del Tribunal Europeo como de la Corte constitucional italiana, que habían declarado en reiteradas ocasiones la necesidad de predisponer una regulación de reconocimiento y protección de estas familias. Por lo tanto, el legislador italiano (como cualquier otro legislador de un Estado miembro del Consejo de Europa) no estaba obligado a permitir el acceso al matrimonio a

21 Sentencia del TEDH, asunto *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015, apartados nn. 185 y 187.

22 En 2015, fecha de emisión de la Sentencia *Oliari*, once Estados miembros del Consejo de Europa habían reconocido el matrimonio homosexual, véase el apartado n. 192 de la sentencia.

las parejas homosexuales, pues no existe aún consenso sobre esta cuestión entre los Estados; pero sí tiene el deber de proporcionar un marco legal específico que establezca el reconocimiento y la protección de las uniones homosexuales, para no incurrir en la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo.

Es, cuando menos, llamativo que un órgano esencial del Consejo de Europa como el TEDH no vincule la falta de una regulación de las uniones homosexuales también a la violación del principio de no discriminación (art. 14 CEDH), comparando la situación de las parejas homosexuales con cualquier otra pareja heterosexual, que puede acceder al matrimonio civil. En muchos textos sin valor vinculante del Consejo de Europa (recomendaciones, resoluciones, etc.) se exhorta a los legisladores de los Estados miembros a que eliminen la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales. Solo como ejemplo, la Resolución 1728 de 2010, titulada «Discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género», la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa invitaba los Estados miembros «a asegurar el reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales en aquellos países en los que la legislación nacional regule dicho reconocimiento [para las parejas heterosexuales]».

896

Asimismo, en la Recomendación CM /Rec (2010) 5 sobre medidas dirigidas a la lucha contra la discriminación por orientación sexual o identidad de género²³, el Comité de Ministros ha recomendado a los Estados miembros, entre otras cosas, reflexionar sobre la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo, sin ninguna discriminación, los medios jurídicos o de otra naturaleza que suelen aplicarse a las parejas heterosexuales, para resolver los problemas prácticos conexos con la realidad social en la que viven, si la legislación nacional no reconoce derechos y deberes a las parejas del mismo sexo²⁴.

23 Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el pasado 31 de marzo de 2010.

24 Recomendación n. 25: «Cuando la legislación nacional no reconoce ni confiere derechos u obligaciones en el registro de parejas del mismo sexo y parejas de hecho, los Estados miembros a que consideren la posibilidad de prestar, sin discriminación de ningún tipo,

El Tribunal Europeo, de su lado y a pesar de lo que se acaba de exponer, se mantiene firme en su decisión de dejar la posibilidad de equiparar de verdad los derechos de las parejas homosexuales con aquellos de las heterosexuales (que pueden acceder al vínculo matrimonial) en las manos del legislador nacional, apuntando a la falta de un consenso común en Europa sobre la cuestión. Ese margen de apreciación nacional, sin embargo, se ve restringido de una forma bastante penetrante a la luz de doctrina *Oliari* según la cual los Estados que no regulan la situación familiar de las parejas *same-sex* incurren en la violación del art. 8 CEDH.

Queda preguntarse si este avance puede considerarse suficiente o si, una vez más, el estándar mínimo de protección para las parejas del mismo sexo según el CEDH «es el reconocimiento, y no la igualdad»²⁵.

5. El tercer momento decisivo: la sentencia del TJUE de 2018, asunto *Coman*

La tercera y última etapa a la que se hará referencia se acerca, sin duda, a un tratamiento totalmente igualitario entre parejas homosexuales y heterosexuales casadas y concierne a un caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) con la Sentencia de 5 de junio de 2018, en el asunto *Coman*²⁶.

897

Esta decisión no tiene por objeto el acceso al matrimonio de las parejas *same-sex*, pero es igualmente importante para el tema analizado en este trabajo porque, como se dejará de manifiesto, conlleva la obligación para los Estados miembros de la Unión Europea del reconocimiento del vínculo matrimonial entre homosexuales también en

incluyendo a las parejas de distinto sexo, las parejas del mismo sexo con jurídica u otros medios para resolver los problemas prácticos relacionados con la realidad social en que viven», Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa.

25 POPPELWELL-SCEVAK, C., «Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach To The Recognition Of Same-Sex Marriages», *Strasbourg Observers blog*, 2 de febrero de 2018; y también SPERTI, A., «Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», cit., p. 1161.

26 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*.

aquellos Estados en los que se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando concurren ciertas circunstancias: en particular, si de ello depende el ejercicio de derechos reconocidos por los Tratados de la Unión Europea. Como es evidente, una decisión semejante constituye un significativo paso en adelante en la realización de un estándar común de protección de las parejas *same-sex* en el entorno europeo, además de una señal trascendente de la voluntad de equiparar la condición de las personas que conforman una pareja homosexual con las que forman parte de una familia heterosexual.

La citada sentencia del Tribunal de Luxemburgo resuelve una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión planteada por el Tribunal Constitucional rumano para obtener la interpretación auténtica de algunos artículos de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familiares para desplazarse y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

898

La solicitud de interpretación auténtica surge del caso de dos hombres, el Sr. Coman (de nacionalidad rumana) y el Sr. Hamilton (de nacionalidad norteamericana), pareja durante muchos años (desde 2002). Después de vivir durante 4 años en los Estados Unidos, los dos se separaron por razones de trabajo (Coman en Bélgica y Hamilton en los Estados Unidos), pero en ese período (precisamente en 2010) se casaron en Bélgica de acuerdo con la legislación belga, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una vez terminados los compromisos de trabajo de Coman en Bélgica, él decide regresar a Rumania y solicita un permiso de residencia por un período superior a 3 meses para Hamilton, en concepto de reagrupación familiar. El permiso será, sin embargo, negado por las autoridades rumanas, con la justificación que en Rumania el art. 277 del Código Civil prohíbe explícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo y, con igual previsión expresa, no reconoce aquellos celebrados en el extranjero²⁷. No obstante, el apartado 4 del mismo artí-

27 El artículo 277, apartados 1, 2 y 4, del *Codul Civil* (Código Civil rumano) afirma: «1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas

culo declara que «serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo».

En razón de dicha actuación, Coman y otros interpusieron un recurso contra la jurisdicción competente (*Judecătoria Sectorului 5 București*), denunciando ser víctimas de una discriminación por razón de la orientación sexual por lo que respecta al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión. Asimismo, plantearon una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 277, apartados 2 y 4, del Código Civil, al estimar que «el no reconocimiento, a efectos del ejercicio del derecho de residencia, de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero infringe las disposiciones de la Constitución rumana que protegen los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como las disposiciones relativas al principio de igualdad»²⁸. El Tribunal Constitucional rumano (*Curtea Constituțională*) advierte que, para poder resolver la cuestión de inconstitucionalidad, deberá antes acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que solucione sus dudas acerca de la correcta interpretación de algunos contenidos de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2004/38/CE, a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE, o «Carta») y de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

899

La Corte rumana, por tanto, plantea sus preguntas al Tribunal de Luxemburgo que se centran, principalmente, en la interpretación de los

del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía. [...]. 4. Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo». También puede ser útil citar el art. 259, apartados 1 y 2, del *Codul Civil*: «1. El matrimonio es la unión libremente consentida entre un hombre y una mujer, celebrada según los requisitos establecidos por la ley. 2. Los hombres y las mujeres tienen el derecho a casarse con el fin de fundar una familia».

28 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 14.

términos «cónyuge», «familiar» y «partner» contenidos en la Directiva 2004/38/CE²⁹. El TJUE, de su lado, termina por modificar sensiblemente dichas cuestiones, «transformándolas» completamente en dos preguntas³⁰ que pueden ser resumidas en una: si un ciudadano de la UE ejerce su derecho de circular y residir libremente en Europa y, mientras reside en un Estado de la Unión, establece una relación afectiva con una persona

- 29 Estas las cuatro cuestiones de interpretación, que se citan en el apartado 17 de la sentencia *Coman*: «1) ¿Comprende el concepto de “cónyuge” en el sentido del artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38, leído en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, a un nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído legalmente matrimonio con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida? 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, ¿obligan los artículos 3, apartado 1, y 7, apartado [2], de la Directiva 2004/38, leídos en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, al Estado miembro de acogida a conceder el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión? 3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿puede calificarse a un nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído matrimonio legalmente con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida, como “otro miembro de la familia” en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38 o como “pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada” en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, con la obligación subsiguiente del Estado miembro de acogida de facilitar la entrada y la residencia del interesado, aun cuando dicho Estado no reconozca los matrimonios entre personas del mismo sexo ni contemple ninguna otra forma alternativa de reconocimiento jurídico, como la unión registrada? 4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión prejudicial, ¿obligan los artículos 3, apartado 2, y 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38, leídos en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, al Estado miembro de acogida a conceder el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión?».
- 30 Las razones de esta intervención del Tribunal de Justicia son múltiples: en primer lugar, el TJUE recuerda al Tribunal Constitucional rumano que ha planteado una cuestión prejudicial respecto de una Directiva, la 2004/38, que no puede aplicarse en el caso concreto, dado que la misma regula el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familiares en los países de la UE. La Directiva no reconoce esos mismos derechos a los ciudadanos de países no europeos (como es el caso del señor Hamilton), aunque sea familiar de un ciudadano UE. En segundo lugar, considero que pueda afirmarse que el Tribunal de Justicia decide igualmente intervenir por dos razones principales: de un lado, evidentemente, para proporcionar «todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que el órgano jurisdiccional remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de sus cuestiones prejudiciales» (apartado 22 de la sentencia); y, de otro, para no dejar pasar la ocasión de pronunciarse a favor de la tutela antidiscriminatoria respecto de las parejas homosexuales.

del mismo sexo ciudadano no europeo que se convierte en un vínculo familiar, matrimonial incluso, (dado que el Estado en el que se encuentran permite el matrimonio *same-sex*), una vez que esta persona —el ciudadano europeo— quisiera continuar ejerciendo dos derechos fundamentales de la UE (circulación y vida familiar) y regresar a su país de origen, ¿puede verse obstaculizado en este ejercicio por la decisión del Estado miembro de origen de prohibir la residencia prolongada (más de 3 meses) a su esposo por la única razón de que el matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibido en ese territorio?

El Tribunal de Justicia es tajante en su respuesta: absolutamente no. Todos los Estados miembros, declara el TJUE, deben garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados en la Carta y en los Tratados de la Unión. El derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo no está entre ellos, pero sí lo están el derecho a la libre circulación y el derecho a la vida familiar. Si se permitiera, razona el TJUE, que los Estados miembros pudieran conceder o denegar la entrada y la residencia en su territorio a un nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano UE del mismo sexo en un Estado miembro, de conformidad con el Derecho de ese Estado en función de que las disposiciones de Derecho nacional contemplen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión que ya hayan hecho uso de esta libertad variaría de un Estado miembro a otro, según esas disposiciones de Derecho nacional. Una situación semejante no puede aceptarse, pues entraría en conflicto con la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia³¹. De todo ello descende que la circunstancia que un Estado miembro niegue el reconocimiento, al objeto de conceder

31 El TJUE menciona, a este respecto, las reflexiones del Abogado General en el punto 73 de sus conclusiones, según las cuales, «habida cuenta del contexto y de las finalidades que persigue, las disposiciones de la Directiva 2004/38, aplicables por analogía en el presente asunto, no pueden interpretarse de manera restrictiva y no deben, en cualquier caso, ser privadas de su efecto útil (sentencias de 25 de julio de 2008, Metock y otros, C-127/08, EU:C:2008:449, apartado 84, y de 18 de diciembre de 2014, McCarthy y otros, C-202/13, EU:C:2014:2450, apartado 32)», Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 39.

un derecho de residencia derivado a un nacional de un Estado no UE, del matrimonio de este con un ciudadano de la Unión Europea del mismo sexo, nacional de ese Estado miembro, contraído durante su residencia efectiva en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, «puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, tal negativa tiene como consecuencia que dicho ciudadano de la Unión pueda verse privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge»³².

Puede ser útil destacar algunos aspectos, en mi opinión, muy importantes para la cuestión de la construcción de un estándar común de protección del derecho a la igualdad y la no discriminación entre parejas hetero y homosexuales. En primer lugar, el Tribunal de Luxemburgo declara que un Estado miembro no puede invocar su propia legislación nacional para oponerse al reconocimiento en su territorio del matrimonio contraído legalmente en un Estado de la Unión entre un ciudadano de la Unión y un ciudadano de un Estado no UE, cuando el reconocimiento del matrimonio solo es funcional a la petición de un permiso de residencia³³. Ni tampoco invocar, en este supuesto, que la denegación del permiso tiene como finalidad la protección de la identidad nacional³⁴ y del orden público, pues estos solo pueden invocarse en caso de una

32 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 40.

33 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 36.

34 Sobre el respeto de la «identidad nacional» por las instituciones de la Unión Europea, pueden verse: RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013, pp. 515-528; MORGADES GIL, S., «El principio de respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los estados miembros de la Unión Europea», OLESTI RAYO, A. (dir.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, 2012, pp. 75-110.

amenaza real y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad³⁵.

El Tribunal precisa que esto no significa, claramente, que la Unión es competente en materia de matrimonio. Por supuesto, advierte el TJUE, que lo que concierne al «estado civil» sigue siendo un ámbito reservado a los Estados miembros. Ellos son quienes deciden quién puede acceder al matrimonio y con qué condiciones. Pese a ello, continúa el Tribunal de Luxemburgo, los Estados (como prescribe la jurisprudencia consolidada) están obligados a respetar el Derecho de la UE y, por tanto, en el ejercicio de la competencia mencionada (permiso de residencia, libre circulación etc.), la Rumania debe respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad reconocida a todos los ciudadanos de la Unión para circular y residir en el territorio de los Estados miembros³⁶.

En última instancia, con respecto a la interpretación del término «cónyuge», el Tribunal declara que los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el caso en cuestión el art. 7 CDFUE (respeto de la vida privada y familiar), serán interpretados de acuerdo con las afirmaciones del derecho análogo reconocido por el CEDH (Artículo 8 CEDH): para el Tribunal de Estrasburgo las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho a la vida privada y familiar que las parejas heterosexuales³⁷.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartados 42-46.

36 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 38.

37 «[D]e la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de “vida privada” y en el de “vida familiar” del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación (TEDH, sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, § 73, y TEDH, sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, § 143)», Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 50. Además, ya en el apartado 35

El Tribunal de Justicia concluye su decisión afirmando que Rumania tiene que otorgar un permiso de residencia por un período de más de 3 meses al cónyuge de uno de sus ciudadanos, ya que: 1. debe respetar el derecho a la libre circulación y la vida familiar de este ciudadano de la UE; 2. las parejas homosexuales son familias, tienen derecho al respeto de la vida familiar; 3. dentro del término «cónyuge» hay que incluir también a la pareja del mismo sexo legalmente casada en un Estado de la UE que reconozca el matrimonio *same-sex*.

A tenor de lo expuesto, se desvela en toda su evidencia que la intervención del Tribunal de Justicia reduce y acota aún más el margen de apreciación del Estado en materia de igualdad entre las personas que ejercen su derecho a la vida familiar, ya sean hetero u homosexual, hasta no permitir que un Estado de la Unión no reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado de la Unión³⁸. La Unión Europea, a través del máximo interprete de su Derecho, no impone el matrimonio *same-sex*, pero obliga al reconocimiento de aquellos matrimonios que se hayan celebrado en uno de los Estados miembros, si este reconocimiento es necesario para que los ciudadanos de la Unión puedan ejercer libremente los derechos reconocidos en los Tratados de la Unión Europea o en la Carta DFUE.

6. Consideraciones finales

El tema del acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, y a los derechos y posibilidades que de ello descenden, es evidentemente un ámbito que concierne a la aplicación del principio de igualdad y a la protección frente a las discriminaciones. Sin embargo, como se ha dejado

de la Sentencia, el TJUE había afirmado que «debe recordarse ante todo que el concepto de “cónyuge” en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate».

38 No hay que olvidar que el TJUE, en numerosas ocasiones a lo largo de la Sentencia *Coman*, remarca que la obligación del reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado legítimamente por un ciudadano UE en un Estado de la Unión tiene que considerarse «al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado».

de manifiesto, el Tribunal de Estrasburgo ha dado pocas argumentaciones respecto de la vulneración o no vulneración del principio de igualdad en el ámbito del reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas *same-sex* (aunque se tratara de uno de los parámetros invocados por los recurrentes), basando sus decisiones en otros principios o valores fundamentales. Este elemento, en mi opinión, constituye uno de los más decepcionantes de la doctrina de esta trascendente jurisdicción. El Tribunal de Justicia, de su lado, y en el respeto de sus competencias (muy diferentes respecto de las del TEDH), ha podido actuar en los últimos años de una forma más penetrante e incisiva en la lucha frente la discriminación por orientación sexual, como ha evidenciado el análisis del asunto *Coman*.

Las tres sentencias examinadas, no obstante las limitaciones aludidas, han constituido puntos de inflexión importantes en el camino hacia la igualdad sustancial entre parejas heterosexuales y homosexuales, como han demostrado las medidas abordadas en muchos de los Estados miembros del Consejo de Europa³⁹.

905

La «Europa de los derechos», esto es, la Europa que protege los derechos, según el punto de llegada expuesto, va evidentemente en la dirección de un reconocimiento efectivo de la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales, hacia la construcción, e incluso una suerte de imposición, de un estándar común de protección que ve superada la idea de que siga siendo necesaria una diferenciación entre parejas casadas y parejas de otro tipo, con el pretexto que tradicionalmente el matrimonio es un instrumento cuya característica fundamental es la diferencia de sexo entre los cónyuges.

39 Como se ha dicho, por razones obvias no se han podido, en el ámbito de este breve trabajo, observar las múltiples pruebas de los efectos de las decisiones *Shalk*, *Oliari* y *Coman* en los Estados Europeo, tanto desde el punto de vista de las intervenciones legislativas como de aquellas de las respectivas Cortes constitucionales. Solo para citar una de las más evidentes, los miembros del Parlamento italiano han conseguido encontrar un acuerdo sobre la aprobación de una regulación de las uniones civiles homosexuales (Ley de 20 de mayo de 2016, n. 76, sobre «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», en vigor desde el 5 de junio de 2016) solo porque «empujados» por la condena del TEDH a través de la Sentencia *Oliari* y por la amenaza de condenas futuras.

Considero que se trate de la dirección adecuada, pues no hay que olvidar que el matrimonio civil, entendido como un contrato, como un instituto jurídico que crea derechos y deberes, y no como un sacramento, ya ha sufrido cambios profundos en su significado; esto sucedió, por ejemplo, con la introducción del divorcio, que ha revolucionado otra característica hasta entonces considerada esencial como la indisolubilidad del vínculo.

El matrimonio civil es un negocio jurídico regulado por el legislador y, como tal, debe respetar principalmente los valores y principios constitucionales. Ciertamente, el respeto de las tradiciones puede considerarse un valor constitucional⁴⁰; sin embargo, vista también la jurisprudencia europea ahora analizada, no debería considerarse un valor constitucional que prevalezca sobre la necesidad de construir un estándar común de protección del principio de igualdad o de protección del principio de no discriminación por razón de sexo y orientación sexual.

906

De acuerdo con una parte de la doctrina⁴¹ y con lo que se ha afirmado con antelación, parece por lo tanto «llamativo», que el Tribunal Europeo afirme que no hay discriminación por orientación sexual si un Estado no permite el matrimonio homosexual, pero sí la hay si se tratan a los homosexuales de una forma diferente respecto de los heterosexuales en el acceso a otros negocios jurídicos menos arraigados en la cultura y en la tradición. Creo que es oportuno preguntarse si es razonable considerar que la diferencia de sexo sea una característica esencial del matrimonio civil, regulado con una ley del Estado (que, en Europa, en la mayoría de los casos son Estados aconfesionales), y que esto no constituya una causa de discriminación fundada en la orientación sexual. ¿No es discriminatorio permitir el acceso a un determinado negocio jurídico a determinadas personas, fundando esa decisión solo en la orientación sexual o en el sexo? El matrimonio civil es un negocio jurídico en el que se desarrolla

40 Véase, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución española de 1978.

41 SPERTI, A., *Omosessualità e diritti*, cit., y, de la misma autora: «Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza», cit., entre otros.

la personalidad del individuo, siendo la familia la formación social «primaria» en la que cada persona desarrolla su personalidad y ejerce sus derechos. Crear un vínculo conyugal permite a dos personas conseguir un estatus distinto en la sociedad, con el que se adquiere un conjunto de derechos y deberes que no pueden ser asumibles a través de ningún otro negocio jurídico. El derecho a casarse o no, y sobre todo a casarse con quien uno quiera, concierne a la esfera de la autonomía individual en la que el Estado no puede entrometerse, a menos que sea necesario para tutelar otros bienes o intereses prevalentes, circunstancia que, a mi modesto parecer, no concurren en este caso.

El derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial de expresión de la dignidad humana, y no puede, por lo tanto, ser reservado a determinados sujetos en razón de su orientación sexual sin incurrir en una evidente discriminación por dicha razón. En caso de darse discriminaciones de esta naturaleza, el Estado debería intervenir para que todos puedan ejercitar ese derecho en condiciones de igualdad. Algunos tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo se han opuesto a la creación de un estándar común de protección en este sentido, acudiendo al margen de apreciación estatal o al respeto de la identidad nacional y de las tradiciones constitucionales. No parece, sin embargo, proporcional el sacrificio de los derechos e intereses de las personas homosexuales frente al mantenimiento de un requisito histórico y tradicional como es la diferencia de sexo entre los cónyuges.

907

Resultan especialmente oportunas en este contexto las afirmaciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (TSEEUU, en adelante) en la Sentencia de 26 de junio de 2015, asunto *Obergefell vs. Hodges* [...], aunque sea evidentemente un Tribunal con naturaleza y propósito distintos respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y cuyas resoluciones tienen un alcance diferente. Se trataría, en mi opinión, de las declaraciones que deberían esperarse del TEDH (y del TJUE en menor medida, siendo, como es sabido, sus competencias más limitadas en materia de derechos fundamentales) en un tema tan trascendente como la discriminación por orientación sexual.

El TSEEUU, al encontrarse ante la situación en la que algunos Estados de la Federación reconocían el matrimonio homosexual y otros no, afirmó lo siguiente: *«El deniego del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales causaba un daño grave y continuado y la imposición de esta prohibición a gays y lesbianas contribuía a faltarles al respeto y a ponerlos en una condición de subordinación»*.

El Tribunal Supremo, a renglón seguido, reconoció el derecho fundamental de las parejas homosexuales a casarse en todos los Estados de los EEUU, y a que, mientras las regulaciones nacionales se actualizan, dicho matrimonio celebrado en un Estado en concreto, se reconociera en todos los demás Estados. Ante una situación de falta de homogeneidad en las regulaciones y en el consenso respecto de las uniones homosexuales, el TSEEUU opta por imponer él mismo una homogeneidad que garantice el nivel más alto de goce de los derechos a las personas homosexuales y la plena realización del principio de igualdad, actitud opuesta respecto de la del TEDH⁴².

Muy interesantes, también, las afirmaciones que siguen: si se trata de proteger unos derechos fundamentales, los jueces ordinarios no tienen que esperar a que el legislador actúe regulando aquellos, sino que pueden aplicar directamente la Constitución y el principio de igualdad⁴³. Declara el Tribunal Supremo: *“Dado que [...] las personas no deben esperar la actuación del legislador para poder ejercitar un derecho fundamental, el Tribunal Supremo ha considerado que, si este no hubiera actuado [...], esta misma habría negado una vez más a gays y lesbianas muchos derechos y responsabilidades conexas con el matrimonio”*. Por tanto, ante la inercia del legislador, el TSEEUU aplica directamente la Constitución⁴⁴.

42 DELGADO RAMOS, D., «Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de derecho político, UNED*, n. 99, 2017, pp. 325-356; JAEGER-FINE, T., «Marriage equality in the United States: a look at Obergefell and beyond», *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 3, n. 1, 2016, pp. 7-41.

43 YOSHINO, K., «A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges», cit., pp. 153-154.

44 En Italia, por ejemplo, ni la Corte constitucional ni los jueces ordinarios se atrevieron a aplicar directamente la Constitución para garantizar la realización del principio de igualdad entre parejas gays y parejas heterosexuales en el acceso al matrimonio. Solo algunos

Como he aludido en la introducción, es difícil no estar de acuerdo con lo afirmado por Vallières⁴⁵ sobre que en los debates que atañen al matrimonio, las ideas terminan por conectarse con valores fundamentales, sentimientos, creencias y tradición. Sin embargo, los Tribunales supranacionales (en particular aquellos que tienen encargada la protección de los derechos) tienen la obligación de interpretar las Cartas reconocedoras de derechos fundamentales en sentido evolutivo y, en lo posible, garantista de los derechos de todos, para evitar que sus contenidos queden petrificados; y para demostrar que, parafraseando a Walt Whitman⁴⁶, no nos perjudica que las personas diferentes de nosotros tengan nuestros mismos derechos; para nuestros derechos es indispensable, antes bien, que todos puedan disfrutarlos y ejercerlos exactamente como nosotros.

alcaldes lo intentaron, pero el Gobierno emitió una orden ministerial prohibiendo la actuación de estos órganos locales. En otro contexto sensible y relativo a la protección de determinados derechos fundamentales reconocidos por la Constitución italiana (CI), los jueces ordinarios italianos sí que actuaron para responder a la inercia del legislador. Fueron los notorios casos de aplicación directa del art. 32 CI, sobre el derecho a la salud, para autorizar la interrupción de medidas que suponían ensañamiento terapéutico. El supuesto más famoso es el caso de Eluana Englaro.

45 VALLIÈRES, A., «La prohibición del matrimonio entre cónyuges del mismo sexo como discriminación por razón de orientación sexual (un comentario a la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo del Tribunal Supremo de Canadá)», *Revista de Derecho Político - UNED*, n. 68, 2007, pp. 297-298.

46 «Of Equality –As if it harm'd me, giving others the same chances and rights as myself– As if it were not indispensable to my own rights that others possess the same». WHITMAN, W., *Foglie d'erba (Leaves of Grass, 1855)*, Newton Compton Ed., Roma, 2011, p. 355.

Problemática en torno al reconocimiento de la eutanasia en Italia a la luz de los escritos del profesor Romboli

✍ MARÍA RUIZ DORADO*

*“La muerte es un castigo para algunos,
para otros un regalo,
y para muchos un favor”.*

Lucio Anneo Séneca

1. Introducción

Comenzaba su intervención en su seminario en Bolonia el profesor Roberto Romboli, a quién con esta contribución intentamos homenajear y agradecer su incalificable contribución tanto a la doctrina constitucional italiana como internacional, recordando una anécdota vivida junto con el profesor Giovanni Grottanelli de Santi en la que éste último le comentaba que, en la Edad Media, existía en Siena una norma que prohibía repetir las cosas ya dichas, estableciéndose incluso sanciones pecuniarias para los transgresores. Sin embargo, en la materia que hoy nos ocupa es difícil de respetar por todo lo que se ha escrito, pero intentaremos dar una visión actualizada y global de la eutanasia a la luz de los escritos del profesor Roberto Romboli.

En las últimas décadas, quizás debido al aumento de la esperanza de vida y los grandes avances en el ámbito de la medicina, el debate sobre la eutanasia está presente, no sólo a nivel jurídico, en la mayor parte de las sociedades.

911

* Investigadora en Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla - La Mancha (UCLM).

Según el Diccionario de la Real Academia Española por eutanasia ha de entenderse la “intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura” o “muerte sin sufrimiento físico”. Empero, cuándo se habla de eutanasia, a nuestro juicio, conviene precisar a qué tipo de conducta, que tiene como resultado el fin de la vida de una persona con su consentimiento, nos referimos. En este sentido, el Profesor Romboli [ROMBOLI, 1988, 303] diferenció entre dos principales grupos: la *eutanasia attiva* y la *eutanasia passiva*; considerando que la primera “implica un acto que tiene como efecto acortar la vida o ponerle fin”, mientras que la segunda “consiste en abstenerse de cualquier acción que podría inútilmente de prolongar el momento final e irreversible de la vida”¹.

Estamos, por tanto, ante una materia especialmente sensible en el que si bien es cierto que el derecho a la vida y a la integridad física y moral se ha configurado como uno de los principales derechos humanos, imponiéndose a los Estados el deber de tutelarla; existen otros principios y derechos constitucionalmente garantizados en la mayor parte de las Cartas constitucionales como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la autodeterminación de la persona, etc., que han ido cobrando mayor relevancia especialmente con el avance de los tratamientos médicos (especialmente, los denominados tratamientos paliativos o de soporte vital) y la mayor fiabilidad de los diagnósticos médicos. Este conflicto entre los mencionados derechos y valores fundamentales supone un arduo ejercicio de ponderación que, en los últimos tiempos, los Estados parecen tender a resolverlo en favor de la legalización² o, en su defecto, en su despenalización.

- 1 “Eutanasia passiva, la quale consiste nell’astenersi da ogni azione che potrebbe inutilmente prolungare il momento terminale ed irreversibile della vita. [...] Eutanasia attiva, la quale invece implica un atto che ha effetto di abbreviare la vita o di mettervi fine”
- 2 En la actualidad, países como Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá, Colombia, Suiza, Estados Unidos (California, Colorado, Distrito de Columbia, Hawái, Maine, Nueva Jersey, Oregón y Vermont) y el Estado de Victoria en Australia han optado por su legalización; mientras que Alemania e Italia han despenalizado la ayuda al suicidio. Y, este último país, junto con Portugal y España, en la actualidad, están debatiendo la cuestión en sus respectivos parlamentos.

En este contexto, deviene relevante destacar el caso de italiano, muy estudiado por el profesor Roberto Romboli, en el que se optó por legalización de las conductas de eutanasia pasiva y por la despenalización con matices de la eutanasia activa, a raíz del famoso *Caso Cappato*.

2. La eutanasia en el sistema jurídico italiano

2.1. La eutanasia pasiva

A finales de los años 90 y la primera década del 2000, la eutanasia pasiva y, en concreto, la interrupción de un tratamiento de soporte vital, cobró una gran relevancia; siendo objeto de arduos debates tanto en la doctrina jurídica como en la sociedad, sobre todo a raíz de los conocidos *Casos Englaro y Welby*.

En ambos casos se trataba de pacientes en situaciones medicas irreversibles dependientes de soportes vitales, con la diferencia de que en el primer supuesto mencionado (*Caso Englaro*) la paciente se encontraba en coma y, por tanto, no podía expresar su voluntad de ser desconectada de los mecanismos que la mantenían con vida.

913

En aquel momento, en Italia, la eutanasia pasiva no estaba regulada por lo que en ambos Casos se podía entender como que la conducta eutánica constituía el delito denominado como “homicidio del consciente”, previsto en el art. 579 del Código penal italiano.

Sin embargo, el art. 32.2 de la Constitución italiana de 1948 establece que “Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la Ley. La Ley no podrá en ningún caso violar los límites que impone el respeto a la persona humana”.

Tanto la Corte Suprema italiana en el *Caso Englaro*³ como el Tribunal de Roma en el *Caso Welby*⁴ entendieron, de conformidad con los arts. 2, 3 y 32. 2 de la Constitución italiana, que los tratamientos de alimentación e hidratación mediante sonda, así como los respiradores artificiales

3 Vid. Sentencia de la Corte de Casación italiana 21748/2007, de 16 de octubre.

4 Vid. Auto del Tribunal de Roma, Sección I civil, de 16 de diciembre de 2006.

eran tratamientos médicos y, por tanto, los enfermos que prestasen su consentimiento informado podrían renunciar a dichos tratamientos de soporte vital.

Ahora bien, como acertadamente advirtió el profesor Roberto Romboli [ROMBOLI, 1994, 354] el problema surge cuando el sujeto no puede manifestar su consentimiento informado (como era el caso de Eluana Englaro que se encontraba “en coma”), en el que en virtud del principio *in dubio pro vita* se debería, si fuese necesario, acudir a los tribunales para que, examinando el caso en concreto, pondere los derechos en conflicto y atendiendo a las circunstancias, resuelvan, el litigio. Y, en el mencionado caso, la Corte de Casación italiana consideró que para proceder a la desconexión de un paciente que no pueda autodeterminarse, y que no haya realizado un testamento vital, es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

- La irreversibilidad de la condición de estado vegetativo del paciente, científicamente fundada, de manera que no exista, según los estándares científicos internacionalmente reconocidos, ninguna posibilidad de recuperación de la consciencia y de la capacidad de percepción.
- La determinación inequívoca de la voluntad del paciente, sobre la base de elementos extraídos de la experiencia, de la personalidad y las convicciones éticas, religiosas, culturales y filosóficas del paciente, en relación con el rechazo a continuar el tratamiento.

Se autorizó, finalmente al padre de Eluana Englaro, para que procediese a su desconexión, pues se consideró que ambos requisitos eran respetados, en tanto: la paciente llevaba varios años en coma irreversible (a pesar de que no se había producido la denominada “muerte cerebral”); y, de los testimonios de amigos y familiares, así como por su ideología, se desprendía que con dicha desconexión se estaba cumpliendo la voluntad de la paciente.

Esta sentencia de la Corte Suprema generó grandes polémicas y posiciones contrapuestas, y es que como bien ha identificado el profesor Roberto Romboli [ROMBOLI, R., 1994, 303], cuando se habla de eutanasia el problema reside en el hecho de si se considera que cualquier

vida ha de ser vivida (protección de la vida en términos absolutos y, por ende, prohibición de las conductas eutanásicas pasivas) o, sin embargo, se establece como excepción a la regla general de protección del derecho a la vida, aquellos supuestos en los que la vida se mantienen de forma artificial.

Haciendo un pequeño paréntesis, conviene destacar de forma sintética (pues excedería el ámbito de la presente contribución) el conflicto institucional que generó la Sentencia de la Corte de Casación italiana 21748/2007, de 16 de octubre. En este sentido, el parlamento italiano consideró que la Corte Constitucional italiana se había excedido de sus competencias inmiscuyéndose en las propias del poder legislativo al haber regulado vía jurisprudencial dicha conducta eutanásica pasiva. Al respecto, el profesor Roberto Romboli [ROMBOLI, 2010]⁵ puso de manifiesto que, en los supuestos de ausencia de una ley, el juez está legitimado para aplicar directamente los principios constitucionales sin necesidad de esperar a la eventual intervención del legislador. Lo que se complementa con lo que previamente había advertido el profesor Alessandro Pizzorusso [PIZZORUSSO, 2007] al considerar que el poder judicial tiene la obligación de resolver las controversias que se le presentan, rigiendo el “*divieto di non liquet*”.

915

Como reacción al mencionado pronunciamiento de la Corte de Casación italiana, y a la presunta injerencia del poder judicial en atribuciones propias del poder legislativo, el parlamento italiano planteó ante la Corte Constitucional italiana un conflicto de competencias en virtud del art. 137 de la Constitución italiana, que fue inadmitida al considerar el sumo intérprete de la Constitución que carecía de requisito objetivo, al considerar que la Corte de Casación no había interferido en una competencia del parlamento, dado que dicha competencia no había sido ejercida por éste último⁶.

Ante la inadmisión por parte del Alto órgano constitucional, el Primer Ministro italiano elaboró un Decreto-Ley en el que se establecía

5 ROMBOLI, 2009, 94.

6 Auto de la Corte Constitucional italiana 334/2008, de 8 de octubre.

la prohibición de que “la alimentación y la hidratación como forma de soporte vital puedan ser suspendidas por quienes atienden a personas incapaces de valerse por sí mismas”; cuestión que impediría la desconexión de Eluana Englaro que, como hemos mencionado con precedencia, cuya autorización había sido confirmada por la Corte de Casación. Pese a que dicho Decreto-Ley fue aprobado por el Gobierno el 6 de febrero de 2009, el Presidente de la República italiana “*in via preventiva*”⁷ realizó un control de la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 77.2 de la Constitución italiana, negándose a su firma puesto que consideró que la materia no podía ser regulada mediante Decreto-Ley, que no se advertían motivos de necesidad y urgencia, y que era susceptible de ser contraria con los principios constitucionales, en concreto, con el principio de separación de poderes.

En relación con el Decreto-Ley, el profesor Roberto Romboli [ROMBOLI, 2009, 3] afirmó que: “podría impedir el ejercicio de un derecho, derivado de principios constitucionales, establecido a través de una serie de pronunciamientos de la autoridad judicial [...]”. Asimismo, la profesora Tania Groppi [GROPPI, 2009] sostuvo que el Decreto-Ley en cuestión era manifiestamente inconstitucional puesto que: “O bien existe la necesidad y urgencia de un decreto-ley para intervenir para “salvar” a Eluana Englaro. Pero al hacerlo, el gobierno afecta indebidamente a una sentencia definitiva. O se trata de una cuestión de legislación general, que no afecta al caso de Eluana. Pero entonces el decreto-ley carece de los requisitos de necesidad y urgencia, previstos en el artículo 77 de la Constitución”⁸.

En nuestra opinión, claramente el gobierno estaba realizando un Decreto-Ley *ad hoc*, pareciéndose más a una “vendeta” contra las decisiones del Poder Judicial que un ejercicio del deber de salvaguarda de la vida

⁷ Vid. ROMBOLI (2010) y SPADARO (2009).

⁸ “E manifestamente incostituzionale. Infatti, delle due l’una. O c’è la necessità e l’urgenza di un decreto-legge per intervenire a “salvare” Eluana Englaro. Ma così facendo il governo incide indebitamente su una sentenza definitiva. Oppure si tratta di una normativa generale, che prescinde dal caso di Eluana. Ma allora il decreto-legge è sprovvisto dei presupposti di necessità e di urgenza, previsti dall’art.77 della Costituzione”.

humana; impidiéndose así el ejercicio de un derecho inviolable reconocido en el art. 32 de la Constitución italiana de 1948.

Continuando con el objeto central de la presente contribución, las controversias en torno al tema de la eutanasia pasiva y la forma en que se colmaron vía jurisprudencial las lagunas legales tanto en el *Caso Englaro* como *Welby*, fueron superadas con la promulgación de la Ley 219/2017, de 22 de diciembre, “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”; reforzándose la libre autodeterminación de la persona en cuanto a las decisiones sobre el final de su vida se refiere al consagrar el derecho de los pacientes a rechazar un tratamiento médico o sanitario.

Conviene destacar dos aspectos que devienen relevantes para el tema que nos ocupa: el art. 1.5 de la citada Ley establece que los tratamientos de alimentación e hidratación artificiales han de ser considerados como tratamientos médicos o sanitarios y, por ende, el paciente está legitimado para interrumpirlos en cualquier momento, previa información de las consecuencias y de todas las opciones a su alcance por parte del médico. Por otra parte, el art. 2 del citado cuerpo legal establece la prohibición de la obstinación irracional en el tratamiento, así como el deber de los médicos de esforzarse por aliviar el sufrimiento del paciente (terapia del dolor) o la suministración de cuidados paliativos ya previstos en el Ley 38/2010, de 15 de marzo.

917

Por todo ello, podemos afirmar que la promulgación de la Ley 219/2017, de 22 de diciembre no sólo supuso la legalización de la eutanasia pasiva en los supuestos contemplados, sino que dotó de contenido y precisión al derecho reconocido en el art. 32 de la Constitución italiana. Habida cuenta de que, entre otros, determinó que: por un lado, en el ámbito de los tratamiento médico o sanitario se entienden comprendidos los tratamientos de alimentación e hidratación artificiales; y que, por otro lado, dentro del derecho a la salud y, concretamente, de la prohibición de sometimiento obligatorio a un tratamiento médico, se encontraba una nueva proscripción a la obstinación irracional en someter al paciente a un determinado tratamiento médico y el deber de los médicos de implementar técnicas de terapia del dolor o cuidados paliativos.

2.2. La eutanasia activa

El debate sobre eutanasia activa en Italia se ha reavivado sobre todo en la última década emergiendo movimientos sociales y asociaciones pro-eutanasia⁹. Sin embargo, no es hasta el denominado *Caso Cappato* cuando la ayuda al suicidio adquiere relevancia institucional.

En síntesis, los hechos que motivaron el famoso *Caso Cappato* son: A raíz de un accidente de tráfico sucedido el 13 de junio de 2014, el señor Fabiano Antoniani (profesionalmente conocido como DJ Fabo) quedó tetrapléjico y con ceguera permanente, pero sin pérdida de sus capacidades cognitivas. Tras someterse a todo tipo de tratamientos médicos¹⁰, su situación es declarada irreversible.

El señor Fabiano Antoniani padecía dolores constantes e insufribles, llegando incluso a requerir, eventualmente, tratamientos de soporte vital. Ante tales circunstancias, el mencionado enfermo decidió que quería poner fin a su vida comunicándole tal decisión a sus familiares y, en concreto, a su madre y a su novia (quienes le acompañarán a lo largo de todo el proceso).

Para lograr su objetivo de morir con dignidad se pusieron en contacto con la *Associazione Luca Coscioni*, la cual a través de su tesorero el señor Marco Cappato (que da nombre al mediático caso), se informará al señor Fabiano Antoniani de los distintos tratamientos y posibilidades para la consecución de su irrevocable y meditada decisión. Finalmente, este último opta por la clínica helvética *Dignitatis*, puesto que el art. 580 del *Codice Penale* italiano castigaba de forma absoluta la ayuda al suicidio.

Una vez recibidas las informaciones necesarias y realizadas todas las evaluaciones de protocolo de la clínica helvética, finalmente, el señor

9 Cabe mencionar especialmente la *Associazione Luca Coscioni* concida por ser la principal precursora del derecho a morir con dignidad en Italiana. Para mayor información sobre la citada Asociación consúltese: <https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/fine-vita-e-eutanasia/eutanasia/>

10 El último un tratamiento experimental con células madre en la India, a finales de 2015 y principios del año 2016 [BERNARDONI, 2017].

Marco Cappato, ante la firme e irreversible decisión del enfermo irreversible de continuar con el proceso, decide llevarle el mismo en coche a la citada clínica, junto con la novia y la progenitora del señor Fabiano Antoniani; dónde tras unos días le suministraron el fármaco necesario que, de forma voluntaria, ingirió el señor Antoniani y pudo llevar a cabo su deseo de poner fin a su propia vida con dignidad.

Cuando retornaron a tierras italianas, el señor Marco Cappato, conocedor de que su conducta era perseguible penalmente, decidió autodenunciarse. A raíz de esa denuncia, cuando el asunto llega a sede judicial, al Tribunal de Milán le surgen dudas acerca de la legitimidad constitucional de lo preceptuado en el art. 580 del *Codice penale* italiano, planteando la cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional italiana, sobre todo en relación con dos aspectos esenciales:

- La posible violación de los arts. 2 (derechos inviolables del hombre), art. 13.1 (derecho a la libertad personal) y 117 (el deber del Estado de ejercer la potestad legislativa en la observancia de los postulados constitucionales y las obligaciones internacionales contraídas) de la Constitución italiana, en relación con los arts. 2 (derecho a la vida) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que supondría la tipificación como delito de la conducta de ayuda al suicidio como alternativa a la inducción al suicidio, con independencia de su contribución a la determinación o al fortalecimiento de la intención de suicidio.
- La eventual vulneración de los arts. 3 (dignidad e igualdad de la persona), 13 (el derecho a la libertad), 25.2 (principio de legalidad penal) y 27.3 (finalidad de la pena) de la Constitución italiana derivada del hecho de que se castigue con la misma pena tanto la inducción al suicidio como aquellas conductas de ayuda al suicidio que no influyen en la decisión del suicida sin distinción alguna.

Como se puede observar, la conducta eutanásica que se estaba persiguiendo penalmente es la ayuda al suicidio (art. 580 del Código penal

italiano), a diferencia de lo que sucede en los casos *Englaro y Welby* que consiste en el cese de un tratamiento de soporte vital que, en su momento y como ha quedado apuntado con anterioridad, se había identificado erróneamente como un presunto delito de “homicidio del consciente” del art. 579 de la citada norma penal¹¹.

La Corte Constitucional italiana, en su auto 207/2018, de 16 de noviembre, analizando las circunstancias descritas, procede a la ponderación entre los derechos en conflicto (por un lado, el derecho a la vida y, por otro lado, la libre determinación de la persona y la dignidad de la persona), llegando a la conclusión de que, inspirándose en la Ley 219/2017, de 22 de diciembre, el art. 580 del Código penal italiano (en la parte referida a las conductas de ayuda al suicidio que no influyen en la toma de decisión del paciente) sería inconstitucional siempre y cuando el sujeto que decide poner fin a su vida: “a) padezca una patología irreversible, que sea fuente de sufrimientos físicos o psicológicos; b) que considere absolutamente intolerables; c) que se mantenga vivo mediante un tratamiento de soporte vital; y d) que siga siendo en cualquier caso capaz de tomar decisiones libres y conscientes”.

920

Pero lo realmente sorprendente fue que el Juez de Leyes utilizó una innovadora técnica de decisión consistente en una decisión provisional (auto 207/2018, de 16 de noviembre) mediante la que se aplaza la audiencia durante once meses, ofreciéndole al legislador la posibilidad de intervenir en la materia (en virtud del principio de cooperación institucional), indicándole, además, algunas directrices que ya han sido mencionadas. En palabras del profesor Roberto Romboli [ROMBOLI, 2019] “la particularidad es que se trata de una declaración de inconstitucionalidad contenida en un pronunciamiento interlocutorio, con el fin de no cerrar el procedimiento, como sucede normalmente con las declaraciones de ilegitimidad constitucional”¹².

11 Sobre la diferenciación de conducta *vid.* ROMBOLI, 2019.

12 Este “reenvío del tratamiento”, sin precedentes, del tema de la ayuda al suicidio al parlamento por parte de la Corte Constitucional italiana, quizás se deba al hecho de que el Juez de Leyes quería evitar un conflicto con el poder legislativo como el surgido en relación con la sentencia del Caso Englaro. Sin embargo, como ha manifestado el Profesor

Transcurrido el plazo de once meses, ante la inactividad del legislador, la Corte vuelve a ocuparse de la cuestión de legitimidad constitucional del delito de ayuda al suicidio previsto en el art. 580 del Código Penal italiano. Recuperando la mayor parte de la motivación del auto 207/2018, de 16 de noviembre, declara inconstitucional parte del citado artículo en la que se penaba la ayuda al suicidio alegando que: pese a que el delito de ayuda al suicidio no es contrario a la Constitución, puesto que tiene como finalidad proteger a los más débiles y vulnerables, cuando concurren las cuatro circunstancias anunciadas con anterioridad su incriminación deviene contraria a los principios constitucionales. Y, es que no parece razonable que se permita la interrupción de un tratamiento sanitario de soporte vital, mientras que no es posible exigir ayuda al personal sanitario para poner fin a su vida.

Si bien es cierto que la Corte afirma que el derecho a la vida debe interpretarse en sentido positivo, por lo que no implica un derecho a morir, la prohibición absoluta de la ayuda al suicidio acaba limitando de forma injustificada e irrazonable la libertad de autodeterminación del paciente a la hora de elegir entre las distintas terapias, imponiéndole una única forma de poner fin a su vida.

921

En definitiva, ante la inactividad del legislador, la Corte constitucional italiana decide excluir la punibilidad de la ayuda al suicidio cuando el enfermo “a) padezca una patología irreversible, que sea fuente de sufrimientos físicos o psicológicos; b) que considere absolutamente intolerables; c) que se mantenga vivo mediante un tratamiento de soporte vital; y d) que siga siendo, en cualquier caso, capaz de tomar decisiones libres y conscientes”, por considerarla contraria a los principios constitucionales; declarando inconstitucional parte del art. 580 del Código penal italiano.

Sin embargo, en cuanto al requisito de exclusión de la punibilidad de la ayuda al suicidio de “dependencia de un tratamiento de soporte

Roberto Romboli [ROMBOLI, 2020], a pesar de que motiva dicho reenvío en la “leal cooperación institucional”, no era razonable pensar que el parlamento pudiese promulgar una ley en el plazo de once meses.

vital”, encontramos la polémica suscitada a raíz del *Caso Trentini* en torno a ¿qué ha de entenderse por tratamiento de soporte vital?

En antecedentes, Davide Trentini padecía la enfermedad de esclerosis múltiple desde el año 1993. A la edad de 53 años, ante una situación de salud precaria y habiéndose decidido poner fin a su vida, contactó con Marco Cappato y Mina Welby para que le asesorasen sobre el procedimiento de eutanasia helvético. Tras varias reuniones y después de la ayuda de Mina para desbloquear algunos trámites burocráticos, haciendo también el delicado papel de intérprete en alemán con la misma clínica suiza, Davide recibió la llamada luz verde. Por ello, partió hacia Suiza con Mina en un servicio de ambulancias que desconocía los motivos de su último viaje. Finalmente, Davide Trentini recibió la ayuda al suicidio asistido el 13 de abril de 2017.

922

Un día después, tanto Mina Welby (que, como ha quedado puesto de manifiesto, había ayudado y acompañado al señor Trentitni durante todo el proceso) y Marco Cappato (quién a través de la Asociación “Soccorso Civile Sos Eutanasia” colaboró en la recaudación de los fondos que le faltaban a Davide Trentini para afrontar el coste del proceso de muerte voluntaria), se presentaron en la comisaría para autodenunciarse, ya que como hemos mencionado en relación con el *Caso Cappato* toda cooperación al suicidio estaba penado por el art. 580 del Código Penal italiano.

En este caso, el Tribunal de Massa, a la luz de la Sentencia de la Corte Constitucional 242/19, determina que “el requisito de “tratamiento de soporte vital”, indicado por los Jueces del Tribunal Constitucional en la sentencia 242/19, no significa necesaria y exclusivamente la dependencia “de una máquina” y que, por tanto, “[...] la referencia es a cualquier tipo de tratamiento médico, ya sea realizado con terapias farmacéuticas o con la asistencia de personal médico o paramédico o con la ayuda de maquinaria médica” (Sentencia de la Corte di Assise di Massa de 27 de julio de 2020). Absolviendo, por ende, tanto a la señora Welby como al señor Capatto en contra del criterio del Ministerio Fiscal italiano.

En nuestra opinión esta despenalización, cuyo germen lo encontramos en la sentencia de la Corte Constitucional italiana en el *Caso Capatto*,

no implica que el legislador no deba intervenir en la materia; de hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 14 de mayo de 2013 (Caso Gross vs. Suiza) consideró que no se puede aceptar que un país en el que se haya despenalizado la eutanasia activa no goce de un régimen legal específico que prevea las conductas eutanásicas admisibles.

En la actualidad, existen 5 Proyectos de ley en examen: uno de iniciativa popular (C.2) y cuatro proyectos de ley de iniciativa parlamentaria (C. 1586, presentado por el diputado Andrea Cecconi; C. 1655, presentado por la diputada Michela Rostan y otros; C. 1875 a propuesta de la diputada Doriana Sarli y otros; y, C. 1888, a propuesta del diputado Alessandro Pagano).

Prácticamente todos los proyectos, a excepción del Proyecto C.1888, convergen en la idea de legalización de la eutanasia activa (de forma más o menos amplia), siguiendo los dictados de la Corte Constitucional italiana en el Caso Cappato en mayor o menor medida¹³.

923

3. Breves reflexiones

La eutanasia es una de las materias más delicadas a las que los legisladores, e incluso los tribunales constitucionales, se ven compelidos a hacer frente. Resulta muy polémica puesto que, más allá de las complejas cuestiones de índole jurídico-constitucional que entraña, existen otras variantes que influyen en su reconocimiento (tanto en sentido positivo como negativo), como son: la ideología, la ética, la moral, el factor religioso, etc.

Por todo ello, cualquier medida que se adopte, como se desprende de la atenta lectura de esta investigación, no está exenta de debate. Quizás, lo más preocupante de la situación es cuando se producen prácticas de legislación *ad hoc* o cuando surgen lagunas legales a las que tiene que hacer frente los tribunales tanto ordinarios como constitucionales.

13 Para un estudio sobre los diferentes proyectos en materia de eutanasia activa *vid.* D'AMICO (2020).

Como se ha podido observar a lo largo de la presente contribución las sendas aportaciones doctrinarias del profesor Roberto Romboli han jugado un gran papel determinante a la hora de dilucidar uno de los principales temas de actualidad como son las prácticas eutanásicas.

A nuestro juicio, deviene de vital importancia la diferenciación¹⁴ que aportó el homenajeado profesor, habida cuenta de que los derechos fundamentales a ponderar son distintos a pesar del resultado común del fin de la vida del sujeto. Por un lado, en el caso de prácticas de eutanasia pasiva el derecho inviolable afectado es el derecho a la integridad personal (aunque indirectamente se incide sobre el derecho a la vida); por otro lado, la eutanasia activa incide indudablemente de forma directa en el derecho a la vida del paciente.

En relación con las prácticas de eutanasia pasiva consideramos que la implementación de una regulación específica, mediante la promulgación de la Ley 38/2010, de 15 de marzo, supone un gran avance en materia de tutela de derechos inviolables de las personas. El hecho de plasmar la posibilidad que ofrece la ciencia médica para aliviar el dolor del enfermo (tratamientos del dolor o de cuidados paliativos) en un régimen jurídico, además de aportar seguridad jurídica, genera una mayor garantía de los derechos de estas personas especialmente vulnerables. Al igual que la previsión del derecho al rechazo de un tratamiento médico previsto en el art. 32 de la Constitución italiana que claramente desarrolla la Ley 38/2010, de 15 de marzo.

En cuanto a la cuestión de la eutanasia activa, son más las dudas que albergan dichas prácticas puesto que el bien directamente afectado, como se ha anticipado, es el derecho a la vida del paciente. En estos casos, deviene esencial la interrogante que planteó el profesor Roberto Romboli acerca de si cualquier vida merece ser vivida. Por todo ello, coincidiendo tanto con la postura de la Corte Constitucional italiana como con el

14 *Recuerdese* que, como ha quedado apuntado, la aplicación práctica de dicha clasificación ha sido objeto de estudio por el Profesor Roberto Romboli en sus escritos sobre la diferenciación entre el supuesto de hecho de los Casos Welby y Englaro con el del Caso Cappato.

citado profesor, a pesar de que el derecho a la vida es la piedra angular de los Estados democrático y que el Estado tiene el deber de salvaguardarla, no existe un derecho fundamental absoluto; por lo que pueden darse supuestos de hecho excepcionales (como los *Casos Cappato y Trentini*) en el que el ejercicio de ponderación entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación de la persona venza a favor de este último, cuando se cumplan con las garantías adecuadas como el consentimiento informado y libre, el estado del paciente conforme a los criterios descritos, etc.

Por todo ello, no nos queda nada más que esperar a ver cómo actúa el legislador italiano y los futuros pronunciamientos jurisprudenciales a los que su decisión dará lugar.



Bibliografía

1. BERNARDONI, P. (2017), “Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l’archiviazione per Marco Cappato”, en *Riv. trim. Diritto penale contemporáneo*, n. 5/2017.
2. D’AMICO, M. (2020), “Il fine vita e la libertà di autodeterminazione in ambito medico-sanitario”, Audiencia celebrada el 20 de octubre de 2020 en la Cámara de Diputados - Comisión II (Justicia) y XII (Asuntos Sociales).
3. GROPPI, T. (2009), “Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno”, Intervención en el *Seminario di Astrid sul Caso Englaro*.
4. PIZZORUSSO, A. (2007), “Il caso Welby: Il divieto di non liquet”, en *Quaderni Costituzionali. Il Mulino*, vol. 27, Bologna.
5. ROMBOLI, R. (1988), “La libertà di disporre del proprio Corpo (commento all’articolo 5 del Codice Civile)”, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano*, Zanichelli Editore, Bologna.
6. ROMBOLI, R. (2011), “I diritti fondamentali tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”: qualche osservazione in margine alla vicenda Englaro”, en Studi in in onore di Luigi Arcidiacono, Giappichelli Editore.
7. ROMBOLI, R. (2009), “Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile del giudice”, en *Quaderni costituzionali. Il Mulino*, vol. I, Bologna.
8. ROMBOLI, R. (2009), “Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità”, en *Il Foro italiano*, Parte I, Roma.

9. ROMBOLI, R. (2009), “Il controllo presidenziale e quello della Corte Costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge il caso caso Englaro”, en *Astrid-Rassegna*, n. 89 (año 5).
10. ROMBOLI, R. (2019), “Il “caso Coppato”: una dichiarazione di incostituzionalità “presa, sospesa e condizionata”, con qualche riflessione sul futuro della vicenda”, en *Il Foro italiano*, n. 6, Roma.
11. ROMBOLI, R. (2020), “La Corte costituzionale decide con sentenza il «caso Cappato» e supera l’ostacolo «insormontabile» approvando essa stessa la disciplina dell’aiuto a morire”, en *Il Foro Italiano*, n. 3, Roma.
12. SPADARO, A. (2009), “Può il Presidente rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le “ragioni” di Napolitano”, en *Forum di Quaderni Costituzionali*.

Riflessioni sull'utilizzo dell'argomento della dignità umana nella recente giurisprudenza delle Corti costituzionali

✉ ANGIOLETTA SPERTI*

1. Introduzione

I richiami al principio della dignità umana non sono mai stati così ricorrenti nel dibattito pubblico, né così profondamente diffusi nel discorso politico e in quello giuridico sui diritti fondamentali (MC-CRUDDEN 2014, 1). La più recente giurisprudenza costituzionale, soprattutto su diritti socialmente controversi, evidenzia a livello sovranazionale una crescente tendenza della Corti costituzionali a dare risalto alla tutela della dignità umana. Questi sviluppi hanno attratto l'attenzione della dottrina costituzionalistica che negli ultimi anni ha parlato di “successo” della dignità, descrivendolo come un “fenomeno globale” (BARAK 2015, 1; DALY 2013, 7; DUPRÉ 2015, 1).

927

La dignità umana è invocata, per citare alcuni esempi, in relazione all'aborto ed ai cd. *reproductive rights*, al suicidio assistito ed al fine vita, alla sperimentazione e alla ricerca genetica, alla libertà di espressione, al riconoscimento dei diritti degli immigrati e spesso, sia a sostegno delle tesi favorevoli che di quelle contrarie al riconoscimento di questi diritti (SIEGEL 2012, 374 ss.). La grande diffusione dell'argomento della dignità ha quindi indotto una parte della dottrina a sostenere che esso costituisca solo “un'arma retorica” (O'MAHONEY 2012, 552) o un “*topos*

* Professoressa associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa.

argomentativo”, abusato o piegato ad un interesse strategico-argomentativo (VINCENTI 2009, 105 ss.).

La “duttilità e plasticità” (RIPEPE 2014, 24) della nozione di dignità e la difficoltà di ravvisarne una concezione universalisticamente condivisa, oltre il suo “*basic minimum core*” (MCCRUDDEN 2008, 679), fanno, infatti, sì che la dignità si presti ad essere invocata in differenti contesti costituzionali, costituendo la base per il confronto ed il dialogo tra le corti (SPERTI 2017, 154 ss.).

A livello giurisprudenziale, i riferimenti alla violazione della dignità nella motivazione accomunano tutte le corti costituzionali, non solo quelle europee tradizionalmente più propense a sviluppare una riflessione sul tema, anche grazie all’influenza della dottrina tedesca e della giurisprudenza costituzionale del Tribunale Costituzionale sull’art. 1 della Legge Fondamentale. Negli Stati Uniti, ad esempio –ove a Costituzione federale, per la sua matrice culturale, non sancisce il principio della dignità umana– i riferimenti alla dignità nella giurisprudenza costituzionale erano, in passato, alquanto sporadici e ricorrevano perlopiù in opinioni dissenzienti; inoltre, la dignità era intesa in un’accezione limitata, spesso coincidente con l’autodeterminazione individuale (RAO 2008, 202). Nella sua giurisprudenza più recente, invece, la Corte Suprema ha spesso invocato la dignità in connessione con il principio di non discriminazione e con la libertà individuale. Tribe (2015) ha descritto la relazione tra dignità ed eguaglianza con la metafora della *double helix*, sottolineandone le rilevanti implicazioni per la futura giurisprudenza costituzionale. Un’analoga attenzione da parte delle corti per i profili concernenti la violazione della dignità umana è stata descritta anche in Canada ed India ove, analogamente, tale principio non è enunciato in costituzione e non costituisce un parametro per la decisione (DALY 2013).

Tra gli ambiti giurisprudenziali in cui la tutela della dignità umana ha rappresentato il presupposto per un’estensione della tutela dei diritti fondamentali ed il superamento delle discriminazioni, particolarmente significativo è quello relativo ai diritti delle persone LGBT e delle coppie dello stesso sesso. Negli ultimi quindici anni, infatti, il tema dell’eguaglianza a prescindere dall’orientamento sessuale ha assunto,

infatti, una dimensione globale e la copiosa giurisprudenza costituzionale offre la possibilità di una più ampia riflessione sul piano filosofico-giuridico (ZANETTI, 2015).

In questo scritto intendo onorare un Maestro come il Prof. Roberto Romboli che proprio alla giurisprudenza costituzionale ha dedicato molto dei propri studi, offrendo un contributo essenziale sia alla dottrina italiana che a quella sovranazionale. Nelle pagine che seguono mi propongo, in primo luogo, di esaminare le diverse accezioni con cui la dignità è stata invocata dalle corti costituzionali a sostegno del riconoscimento del matrimonio egualitario. Dai diversi significati che la dignità assume nelle pronunce sul *same-sex marriage* muoverò, dunque, per prendere posizione rispetto alla tesi che ravvisa nel riferimento alla dignità un principio “di comodo” ed uno strumento retorico atto a condizionare gli esiti del bilanciamento dei diritti fondamentali, facendo pendere la bilancia a favore di uno degli interessi in gioco. Negato il valore della dignità come “arma retorica”, tenterò, infine, di individuare i motivi che inducono le corti costituzionali a fondare le proprie decisioni sulla dignità –spesso letta in rapporto con l’eguaglianza e con la libertà– piuttosto che sui tradizionali argomenti e tecniche di interpretazione consolidatisi nella giurisprudenza costituzionale nelle precedenti “stagioni” dei diritti civili e basati sull’eguaglianza e sull’identificazione dei fattori di discriminazione.

2. I diversi significati della dignità nelle pronunce costituzionali sul matrimonio egualitario:

2.1. Dignità come eguale valore degli individui

Sebbene non sia sempre agevole tracciare una netta distinzione tra i diversi contenuti che la dignità assume nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio egualitario, il concetto di dignità umana ricorre, in primo luogo, nel suo significato coincidente con il valore intrinseco di ciascun essere umano (MCCRUDDEN 2008, 679; WALDRON 2012, 17).

In questa accezione la dignità non rappresenta l’esito dello sviluppo della personalità, ma costituisce una qualità propria dell’essere umano, inerente alla sua stessa natura. La dignità, così intesa, “enfattizza il potenziale umano, non il suo effettivo esercizio” (RAO 2011, 187) ed è

connessa all'eguaglianza formale, implicando anche l'impegno dello Stato affinché lo *status* dell'individuo non venga leso (WALDRON 2012, 17) .

Nella dottrina tedesca –riprendendo la formula kantiana che vieta di “degradare l'uomo ad oggetto, semplice strumento, realtà fungibile”– la dignità è stata qualificata come “una qualità insopprimibile, inalienabile e irrinunciabile dell'essere umano” (DÜRIG 1956) che implica una pretesa di rispetto (*Achtungsanspruch*) e di protezione (*Schutzanspruch*) da parte dello Stato (sul tema, Luther 2007). In questo modo, la dignità viene sottratta al bilanciamento con altri valori costituzionali, perché –come affermato dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza sul conflitto tra satira politica e diritto all'onore e dignità– “la dignità umana, come radice di tutti i diritti fondamentali, non è suscettibile di bilanciamento con nessun diritto fondamentale singolare”¹.

930

Questa prima accezione della dignità intesa come “eguale valore degli individui” si rinviene nelle pronunce sul matrimonio egualitario laddove le corti sottolineano l'illegittimità costituzionale della scelta del legislatore di riservare a quest'ultime un istituto distinto dal matrimonio quale quello delle unioni civili. Tale differenziazione dei regimi giuridici, sul modello tedesco del cd. doppio binario –ossia della distinzione tra “*eingetragenen Partnerschaften*” per le coppie *same-sex* e matrimonio per le coppie di sesso diverso, accolto anche dal legislatore italiano nella legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso– appare come una riproposizione della dottrina del “*separate but equal*”² avanzata dalla stessa Corte Suprema degli Stati Uniti ai tempi della segregazione razziale.

Le corti canadesi hanno per prime evidenziato la violazione della dignità umana derivante dalla differenziazione dei due regimi giuridici e dal diniego alle persone gay e lesbiche della protezione, dei diritti e degli obblighi attribuiti invece agli eterosessuali attraverso il matrimonio: la Corte Suprema, nel celebre *Egan v. Canada* del 1995, ha, infatti,

1 (1987) BVerfGE 75, 369 (380), cd. sentenza sulla satira politica.

2 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

sottolineato il rapporto tra eguaglianza e dignità intesa come eguale valore degli individui affermando che “l’eguaglianza significa che la società non può tollerare disparità sul piano legislativo che trattino certe persone come cittadini di serie B, le sviliscano, le considerino dotate di minore capacità senza adeguata giustificazione o che altrimenti offendano la fondamentale dignità umana”³.

Nel 2003, in *Goodridge v. Department of Public Health*⁴ –uno dei *landmark cases* sui diritti delle persone LGBT– la *Judicial Court* del Massachusetts fece propri gli stessi argomenti, sostenendo che la Costituzione dello stato del Massachusetts “riconosce la dignità e l’eguaglianza di tutti i cittadini” e “vieta la creazione di cittadini di serie B”. La Corte aggiunse che “la persona che ha una relazione intima ed esclusiva con un partner dello stesso sesso e cui sono negati i benefici, le tutele e gli obblighi derivanti dal matrimonio civile, è privato dell’appartenenza ad uno degli istituti più gratificanti ed ambiti. Tale esclusione è incompatibile con i principi costituzionali del rispetto per l’autonomia e l’eguaglianza delle persone”⁵.

931

Ancor più netta è stata la posizione delle corti costituzionali statali degli Stati Uniti. La Corte Suprema della California –in *In Re Marriages Cases* (2008)⁶– ha, ad esempio, ritenuto che l’impossibilità di qualificare come «matrimonio» la relazione ufficiale tra due persone dello stesso sesso, costituisca una violazione della dignità e dell’eguaglianza delle coppie *same-sex*. Dopo aver osservato che, lo Stato della California non aveva modificato la propria disciplina di diritto di famiglia, ma aveva al contrario rafforzato la distinzione tra «matrimonio» e «*domestic partnerships*» la Corte concluse che “attribuire una differente denominazione ... pone quanto meno un serio rischio di negare alle relazione familiare delle coppie dello stesso sesso una stessa dignità e rispetto”. “Sebbene –aggiunse– le disposizioni sulle *domestic partnerships* riconoscano alle

3 *Egan v. Canada*, 2 SCR 513 (1995), § 104-5.

4 *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003), in part. 312.

5 *Ibidem*.

6 *In Re Marriages Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008), 700 ss.

coppie dello stesso sesso la gran parte dei diritti sostanziali tipici del diritto di matrimonio, le leggi vigenti della California devono essere intese come lesive del diritto delle coppie *same-sex* al matrimonio sulla base della Costituzione della California”⁷.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha, invece, richiamato la dignità in relazione al diritto delle coppie di godere di “una piena cittadinanza”. Sin dalla sentenza *Windsor*⁸ –in cui ha giudicato incostituzionale la definizione federale di matrimonio come “unione tra un uomo ed una donna”⁹– il giudice Kennedy ha, infatti, osservato che il mancato riconoscimento a livello federale dei matrimoni *same-sex* conclusi negli Stati, “priva alcune coppie, ma non altre, sia dei diritti che dei doveri” inerenti il matrimonio”.¹⁰ Nel 2015, in *Obergefell v. Hodges*¹¹, ha pertanto definito il diritto al matrimonio come un diritto fondamentale che gli Stati non possono negare in considerazione dell’orientamento sessuale dei nubendi. I “*same-sex marriage bans*” in vigore in alcuni Stati –concluse in *Obergefell*– “sono essenzialmente discriminatori: le coppie dello stesso sesso sono private di tutti i benefici riconosciuti alle coppie di sesso diverso ed è impedito loro l’esercizio di un diritto fondamentale. A fronte di una lunga storia di disapprovazione delle loro relazioni, l’impossibilità per le coppie *same-sex* di unirsi in matrimonio produce un danno serio e persistente. L’imposizione di questa disabilità verso i gay e le lesbiche li priva di rispetto e li subordina... [Le coppie *same-sex*] sperano di non essere condannate a vivere in solitudine, private di uno degli istituti più antichi della civilizzazione. Esse chiedono eguale dignità di fronte alla legge. La Costituzione garantisce loro tale diritto”¹².

L’affermazione secondo cui escludere le coppie *same-sex* dal matrimonio reitera la discriminazione nei loro confronti ed, al tempo stesso, le privi dell’eguale rispetto e valore dovuto agli esseri umani è stata avanzata

7 *Ibidem*.

8 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2694 (2010).

9 *Defence of Marriage Act (DOMA)* 1996.

10 *Windsor*, cit., 133 S. Ct., 2694.

11 *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

12 *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2605-6.

anche dalla Corte costituzionale del Sud Africa nel caso *Fourie*¹³. “Il segno della passata e continua discriminazione nei confronti delle persone gay e lesbiche –scrisse– risiedeva nel chiaro messaggio trasmesso [dal divieto del matrimonio], ossia che queste persone, sia come individui che come coppie, non possedevano dignità pari a quella di tutti gli altri esseri umani e non erano degne di uguale rispetto al pari degli eterosessuali e delle loro relazioni. ... [Il divieto del matrimonio] negava ai gay ed alle lesbiche sia l'eguaglianza che la dignità fra loro strettamente connesse, in particolare l'idea che tutte le persone hanno lo stesso intrinseco valore e la stessa dignità come esseri umani, quali che siano le loro differenze”. La Corte costituzionale concluse, quindi, che “l'esclusione delle coppie same-sex dai benefici e dai doveri del matrimonio (...) rappresenta una dura ed indiretta affermazione da parte del diritto che tali coppie sono da considerarsi degli «outsiders» e che il loro desiderio di tutela delle proprie relazioni affettive in quanto esseri umani ha meno valore di quello delle coppie di sesso diverso”¹⁴.

2.2. Dignità e riconoscimento sociale

Nelle pronunce delle corti costituzionali sul matrimonio egualitario la dignità viene in considerazione, in secondo luogo, in relazione alla socialità delle coppie *same-sex* ed alla loro aspirazione al rispetto ed al riconoscimento sociale. La dignità –quale aspetto della socialità dell'uomo (HOFMANN 1993)– presuppone l'eguale valore degli individui, ma implica al tempo stesso la loro aspirazione al rispetto reciproco, al riconoscimento pubblico del proprio valore e di quello delle proprie relazioni (ZANETTI 2015). Intesa in questi termini, dunque, la dignità presuppone l'impegno positivo dello Stato a tutelare la consapevolezza di sé da parte dei cittadini e la loro posizione nella comunità (RAO 2011, 188).

La giurisprudenza canadese ha spesso richiamato questa dimensione della dignità e la sua relazione con il riconoscimento sociale delle minoranze. “La dignità –scrisse la Corte Suprema– significa che un

13 *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie*, Case CCT 60/04 (2005) ZACC 19, § 50.

14 *Ivi*, § 71.

individuo o un gruppo prova rispetto di sé e consapevolezza del proprio valore. La dignità umana è lesa quando gli individui ed i gruppi vengono marginalizzati, ignorati o privati del loro valore, mentre viene tutelata quando la legge riconosce il pieno valore di tutti gli individui ed i gruppi nella società canadese. La dignità umana, come garanzia dell'eguaglianza, non attiene allo *status* o alla posizione dell'individuo nella società *per se*, ma piuttosto riguarda il modo in cui una persona si sente nel momento in cui si pone di fronte alla legge¹⁵.

L'importanza del riconoscimento emerge sia a livello personale in cui –come sottolinea Taylor (1992, 21)– “le relazioni affettive sono viste come i luoghi decisivi della scoperta e dell'affermazione di sé” e “il singolo sviluppa la propria identità nel continuo dialogo e confronto con gli altri significativi”, ma anche sul piano sociale, “ove la comprensione delle identità si forma attraverso un dialogo aperto, che non prende la forma di un copione sociale predefinito” (*ivi*, 22). Entrambi questi livelli emergono nelle pronunce sul matrimonio egualitario in cui il riconoscimento della dignità evidenzia la transizione delle coppie *same-sex* “dal disgusto all'umanità” (NUSSBAUM 2010) e “traduce tale cambiamento socio-culturale in un cambiamento giuridico” (FINCK 2016, 28).

Questa accezione della dignità si rinviene soprattutto in quei passaggi delle pronunce dei giudici costituzionali relativi al valore sociale e comunicativo dell'istituto del matrimonio. L'istituto del matrimonio ha, infatti, un forte valore espressivo perché molte coppie “ritengono che la dichiarazione [di volersi unire in matrimonio] implichi una risposta da parte della società: ci si dichiara amore e devozione e la società, in risposta, riconosce e nobilita l'impegno reciproco” (NUSSBAUM, 2010).

La Corte di Appello dell'Ontario, ad esempio, –richiamando l'importanza del matrimonio quale espressione di amore e di reciproco impegno dei coniugi– ha interpretato la dignità non solo come possibilità dell'individuo di realizzare sé stesso nella propria sfera privata, ma anche come riconoscimento delle coppie sul piano sociale, poiché

15 *Law v. Canada*, [1999] 1 SCR 497, § 53.

la celebrazione del matrimonio reca con sé un “messaggio di approvazione” da parte della comunità¹⁶. Allo stesso modo, la Corte Suprema degli Stati Uniti, dichiarando in *Obergefell*¹⁷ che il matrimonio implica “riconoscimento, stabilità e certezza”, si è riferita non solo alle conseguenze di questo istituto per la sfera personale dei nubendi, ma anche alla “liberazione” delle coppie e delle loro famiglie dallo “stigma” legato all’omosessualità. Infine, anche la Corte costituzionale del Sud Africa, ha sottolineato l’importanza del riconoscimento del diritto al matrimonio in termini di eguaglianza e dignità intesa come riconoscimento sociale: “La Costituzione protegge il diritto ad essere riconosciuti eguali e dotati di pari dignità di fronte alla legge. L’amore delle coppie *same-sex*, una volta confinato nella clandestinità, può ora osare di pronunciare il proprio nome. ... Considerato l’impatto simbolico e pratico che l’esclusione dal matrimonio ha per le coppie *same-sex*, ci può essere una sola risposta alla domanda se le coppie siano private dell’eguale protezione della legge e siano sottoposte ad un’illegittima discriminazione”¹⁸.

2.3. Dignità ed autodeterminazione

935

In ultimo, la dignità viene in considerazione nelle pronunce dei giudici costituzionali sul matrimonio egualitario nel suo rapporto con la libertà e l’autodeterminazione individuale. In questa accezione, la dignità è, quindi, intesa non come una dote innata dell’individuo, ma come sua acquisizione, grazie ad un processo di sviluppo della propria personalità ed identità personale (PODLECH 1989).

Negli Stati Uniti, ove la dignità viene perlopiù intesa in rapporto con la libertà dell’individuo di compiere le scelte che riguardano la propria sfera intima e personale, la Corte Suprema ha sottolineato che la dignità rappresenta un valore “*at the root of any decent system of ordered liberty*”¹⁹ e che “tutti gli individui godono in egual misura di un diritto all’autodeterminazione ed alla libertà di definire la propria idea di

16 *Halpern v. Canada*, OJ No 2268, 65 OR (3d) 161 (2003) (Can. Ont. C.A.)

17 *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2590.

18 *Fourie*, cit., § 78.

19 *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1996), 92.

esistenza, invece di vedersi attribuita un'identità ed un ruolo sociale dallo Stato" (TRIBE 2015, 16).

È per questo motivo che in *Obergefell* il giudice Kennedy scrive che "le fondamentali libertà protette dal XIV Emendamento includono la maggior parte dei diritti enumerati nella Carta dei diritti. Inoltre, queste libertà si estendono a quelle scelte personali centrali per la dignità e l'autonomia individuale, incluse quelle che definiscono l'identità e le convinzioni personali"²⁰.

Ancor prima la Supreme Court of Massachusetts nel citato caso *Goodridge* aveva richiamato il rapporto tra dignità e libertà individuale, affermando che il "concetto essenziale di dignità umana tutelato dalla Costituzione degli Stati Uniti al XIV Emendamento preclude allo Stato ogni intrusione nella sfera, profondamente personale, dell'espressione di intimità tra adulti consenzienti e nella scelta di un partner. Il ruolo centrale che la decisione di sposarsi e di generare dei figli riveste nella definizione dell'identità personale deve essere riaffermato"²¹.

936

Anche le corti europee hanno richiamato la relazione tra dignità e libertà individuale nelle proprie sentenze sul matrimonio egualitario. Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, nella sentenza n. 198 del 2012, ha ritenuto che il matrimonio egualitario –introdotto nell'ordinamento spagnolo dal 2005– non ledesse la garanzia istituzionale del matrimonio sancita dall'art. 32 C.E. in quanto "implica rispetto per l'orientamento sessuale delle coppie *same-sex*" e rappresenta "un passo in avanti verso la garanzia della dignità personale e del diritto al libero sviluppo della personalità sancito dall'art. 10 C.E., quale fondamento dell'ordine costituzionale spagnolo"²². Un analogo argomento è stato sviluppato anche dal Tribunale costituzionale portoghese che nella sentenza sul matrimonio del 2009²³ ha rinvenuto il fondamento del diritto

²⁰ *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2597.

²¹ *Goodridge*, cit., 312.

²² Sentenza n. 198 del 2012, § 11.

²³ Sentenza n. 359 del 2009.

al matrimonio nei principi di uno stato di diritto basato sul rispetto della dignità umana e della libertà.

3. Un uso retorico e strumentale dell'argomento della dignità?

Le sentenze sul matrimonio egualitario rivelano l'importanza che l'argomento della dignità riveste nella giurisprudenza sui diritti fondamentali, in particolare nella soluzione di casi difficili e socialmente controversi in cui le corti sono chiamate a confrontarsi con l'assenza di precedenti giurisprudenziali, con i limiti dell'interpretazione letterale delle carte costituzionali e sovranazionali (che, ad esempio, si riferiscono testualmente all'"uomo" o alla "donna"²⁴ o non definiscono il matrimonio²⁵, né qualificano l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione²⁶), nonché con il peso dell'argomento della "tradizione giuridica". Le pronunce richiamate illustrano, inoltre, la varietà di significati che la dignità assume, né mancano –come in passato nel dibattito sul diritto all'aborto (SIEGEL 2012, 374 ss.)– esempi di uso dell'argomento della dignità a sostegno di tesi più conservatrici le quali, in particolare, propongono una lettura restrittiva della natura, dell'origine e della titolarità del diritto al matrimonio (TOLLEFSEN 2013).

24 Si v. ad esempio l'art. 32 della Costituzione Spagnola che, al primo comma, dispone che "L'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica"; l'art. 12 CEDU secondo cui "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto".

25 Come, ad esempio, espresso nell'art. 29 Cost. italiana, nell'art. 36 della Costituzione portoghese o nell'art. 6 della Legge fondamentale tedesca che si riferiscono al matrimonio attribuendo a tale istituto una speciale protezione senza fornirne alcuna definizione. In alcune costituzioni –come nella Costituzione degli Stati Uniti o in quella francese– non vi è, invece, menzione del matrimonio e del diritto di sposarsi.

26 Questo rappresenta un tratto comune delle costituzioni e delle carte internazionali dei diritti approvate dopo la fine della II guerra mondiale le quali richiamano quei fattori di discriminazione che più in passato avevano generato disuguaglianze (la razza, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche) senza contemplare l'orientamento sessuale. All'orientamento sessuale si riferisce, invece, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (art. 21, 1 comma).

Il significato complesso e “sfuggente” della dignità²⁷, le sue “molteplici potenzialità di sviluppo” sul piano interpretativo (Ridola 2012, 66) hanno fatto supporre il rischio di un suo utilizzo di comodo (Vincenti 2009, 105 ss.) e constatare l’uso talora improprio della sua nozione, anche da parte della nostra Corte costituzionale (Monaco 2011, 16; Ruggeri, Spadaro 1991, 358). Anche nelle pronunce sul matrimonio, una volta che le corti hanno assunto il valore di ogni essere umano a prescindere dal suo orientamento sessuale, la dignità sembra spostare l’ago della bilancia a favore del riconoscimento del matrimonio egualitario.

Occorre, dunque, rispondere, in primo luogo, all’obiezione circa l’esistenza di una funzione retorica e strumentale della dignità e chiedersi, conseguentemente, quali ragioni possano spiegare la crescente importanza che tale principio riveste nell’interpretazione costituzionale e nella soluzione di *hard cases* in tema di diritti.

938

L’esame delle pronunce evidenzia che la dignità, letta dalle corti in rapporto con i principi di libertà ed eguaglianza, traduce la garanzia comunitaria e quella del libero sviluppo individuale e si pone, com’è stato osservato, “come sintesi ideale dei valori fondamentali del sistema costituzionale” (SILVESTRI 2009, 85). Quando, nel caso *United States v. Windsor*²⁸, la Corte Suprema degli Stati Uniti scrive che “fino a pochi anni fa, molti cittadini non avevano neppure considerato la possibilità che due persone dello stesso sesso potessero aspirare ad occupare lo stesso *status* e la stessa dignità di un uomo ed una donna uniti in matrimonio” o quando il Tribunale costituzionale spagnolo nel 2012 osserva che il matrimonio egualitario è oramai stato accettato dalla società e dalla cultura spagnole e conclude che, con la sua introduzione, “il legislatore ha compiuto un passo in avanti ... verso la garanzia della dignità personale ed il libero sviluppo della personalità umana”,²⁹ queste corti stanno sotto-

27 Cfr. Case C-36/02 *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundestadt Bonn*, [2004] ECR I-09609, § 74 (“*There is hardly any legal principle more difficult to fathom in law than that of human dignity*”).

28 *United States v. Windsor*, cit., 133 S. Ct., 2689.

29 Sent. n. 198 del 2012, § 9.

lineando –attraverso la dignità umana– il passaggio delle coppie *same-sex* “dall’esclusione all’inclusione” sociale (FINCK 2016, 29).

Come ho tentato di dimostrare in altri scritti (SPERTI 2017) –le pronunce delle corti, in particolare delle corti costituzionali– hanno spesso un valore ed un significato che trascende la soluzione dei casi concreti: esse contribuiscono a tradurre in linguaggio giuridico un cambiamento sociale –di cui, infatti, le sentenze sul matrimonio egualitario danno atto– ma, al tempo stesso, contribuiscono a “plasmare” gli argomenti costituzionali orientando il futuro dibattito costituzionale. La dignità, con il suo ampio significato, consente alle corti di “consolidare” il cambiamento sociale, ma al tempo stesso di aprire ad un più ampio riconoscimento dell’eguaglianza a favore di gruppi in passato svantaggiati.

In questa prospettiva, quindi, la dignità non assolve una funzione meramente retorica, ma esprime la sintesi di valori sostanziali degli ordinamenti costituzionali di tradizione giuridica occidentale, “obiettivizzati nella coscienza dei popoli che si danno le diverse costituzioni positive” (SILVESTRI 2009, 85), “aspetti di un unico ideale umanistico” (DWORKIN 2002, 139). Le considerazioni sull’aspirazione delle coppie *same-sex* a non essere private dell’opportunità dei doveri e dei diritti del matrimonio hanno, quindi, anche un valore normativo. “Tutte le rappresentazioni del diritto alla dignità non risolvono semplicemente un caso, né esprimono un imperativo legislativo, costituzionale o internazionale, ma piuttosto forniscono ... l’espressione di aspirazioni collettive che devono essere ricercate da tutti i membri della società” (GLENSY 2011, 135-6).

4. Dignità e nuove istanze di tutela in una società pluralista

Interrogandosi sulle ragioni che spingono le corti costituzionali a richiamare la dignità –anche nei casi in cui essa non trova esplicita enunciazione nel dettato costituzionale e non costituisce pertanto un parametro del giudizio– MCCRUDDEN (2008) riconduce questo principio all’esigenza di mediazione tra un’interpretazione dei diritti fondamentali alla luce delle carte internazionali ed un’interpretazione ispirata alla protezione di istanze locali e nazionali. La dignità “ci fornisce uno strumento concettuale per mediare tra le opposte istanze del pluralismo e della

ricerca del bene comune in un modo globalizzato. ... Il suo ruolo, in pratica, è quello di consentire di inglobare il contesto locale sotto la parvenza del ricorso ad un principio universale. La dignità in ambito giudiziario, non solo permette di incorporare contingenze locali nell'interpretazione delle disposizioni sui diritti umani, ma al tempo stesso lo impone. La dignità permette a ciascun ordinamento di sviluppare la propria prassi sui diritti umani" (MCCRUDDEN 2008, 714) .

Nell'affrontare l'uso transnazionale dell'argomento della dignità SIEGEL (2012, 536), invece, osserva quanto esso sia ricorrente anche al di fuori dell'ambito giudiziario, nelle affermazioni di movimenti sociali e delle organizzazioni religiose.

Entrambe queste interpretazioni colgono, a mio giudizio, alcune ragioni dell'importanza della dignità nella giurisprudenza costituzionale. Le istanze delle coppie, basate sulla dignità, sono infatti emerse dapprima nell'ambito dei movimenti sociali e sono state fatte proprie dalla politica per essere, quindi, sottoposte alle corti ordinarie e, solo al termine di un lungo percorso, sono giunte alle corti costituzionali e supreme (cfr. YOSHINO 2015; ma sul punto anche ZANETTI 2015). Al tempo stesso, alcune corti costituzionali di più recente istituzione (per esempio, la Corte costituzionale del Sud Africa o le corti costituzionali dell'Europa dell'Est) ricorrono all'argomento della dignità al fine di evidenziare un cambiamento in senso democratico del proprio ordinamento. La Corte costituzionale ungherese, ad esempio, sin dalle sue prime pronunce, ha riletto alla luce del valore della dignità umana i diritti fondamentali già sanciti a livello costituzionale sotto la vigenza del vecchio regime (sent. n. 8 del 1990). La Corte costituzionale del Sud Africa ha evidenziato il cambiamento in senso democratico della forma di stato ed il dovere delle istituzioni "di porsi nella corrente della prassi democratica internazionale"³⁰.

30 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso v Commanding Officer Port Elizabeth Prison* (CCT19/ 94, CCT22/ 94) [1995] ZACC 7 (22 Settembre 1995), § 51.

Inoltre, la dignità fornisce un argomento che consente di mediare tra le istanze di nuovi gruppi o minoranze ed, al tempo stesso, tra particolarità e pluralismo (SPERTI 2017, 158). L'idea della dignità umana, fondata sull'intrinseco valore di ogni essere umano, soddisfa l'aspirazione all'universalismo dei diritti umani e agli ideali del costituzionalismo condivisi dalla tradizione giuridica occidentale; tuttavia, laddove –nella soluzione dei casi concreti– essa viene letta in rapporto con altri diritti o principi espressi nelle costituzioni nazionali, consente al tempo stesso di soddisfare specificità culturali, storiche e sociali.

Mentre in passato le corti hanno risposto alle nuove rivendicazioni ampliando la portata del principio di eguaglianza ed, in particolare, identificando nuovi fattori di discriminazione (*suspect classifications*) che impongono un più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (*strict scrutiny*), oggi la dignità rappresenta un argomento con cui le corti possono soddisfare nuove richieste di tutela, senza però incorrere nelle difficoltà derivanti da un'argomentazione interamente fondata sul principio di eguaglianza. In questo modo, le corti non sono poste di fronte alla scelta di selezionare gruppi che meritano maggiore tutela, né devono individuare nuovi fattori di discriminazione: ragionare unicamente in termini di eguaglianza, non solo –infatti– non consentirebbe loro di mediare fra le istanze di gruppi diversi, ma al tempo stesso condizionerebbe la futura giurisprudenza costituzionale. Ad esempio, restando ai casi in precedenza illustrati, l'individuazione dell'orientamento sessuale” come un fattore di discriminazione illegittimo, comporterebbe la presunzione di illegittimità costituzionale di ogni disparità di trattamento fondata su di esso, con l'effetto di limitare i futuri margini di apprezzamento degli organi politici, ma anche la possibilità di future mediazioni e bilanciamenti tra gli interessi in gioco da parte delle stesse corti.

Negli Stati Uniti, la Corte Suprema ha soprattutto avanzato una lettura della dignità in rapporto con eguaglianza e libertà. La dottrina americana ha giustificato l'attenzione a questi principi alla luce dell'”ansia di pluralismo” che pervade l'attuale società americana spingendo le corti a rispondere alle istanze di tutela di “nuovi” gruppi (in conseguenza dell'immigrazione da altri paesi) o di gruppi che hanno

acquistato “visibilità” (grazie ai movimenti sociali) (YOSHINO 2011, 747). “L’argomento fondato sulla dignità e la libertà è stato il modo in cui la Corte Suprema ha raggiunto un compromesso tra un diretto ampliamento dell’applicazione del principio di eguaglianza ed una sua assoluta chiusura” (YOSHINO 2011, 776).

La sentenza *Obergefell* sul matrimonio –sviluppando il rapporto tra libertà, eguaglianza e dignità ed il riconoscimento del carattere fondamentale del diritto al matrimonio di *tutti* gli individui a prescindere non solo dal loro orientamento sessuale³¹– dimostra l’intento della Corte Suprema di non impostare la questione esclusivamente in termini di discriminazione verso le persone gay e lesbiche. Come ha scritto Tribe (2015), “l’eguale dignità degli esseri umani –un concetto dotato di un solido fondamento dottrinale– non guarda semplicemente alla subordinazione operata intenzionalmente nel passato, ma piuttosto pone le premesse per un continuo dialogo costituzionale tra i diritti fondamentali e il significato dell’eguaglianza”.

942

Anche le corti costituzionali europee hanno spesso preferito affrontare i casi sul matrimonio soffermandosi sulla violazione della dignità, in rapporto con libertà ed eguaglianza. Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, nel citato caso n. 198 del 2012, ha soprattutto richiamato l’art. 10, comma 1, CE –che garantisce la dignità umana e il libero sviluppo della personalità– invece di fondare le proprie conclusioni sulla violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 14 CE. La Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 138 del 2010, ha escluso che l’art. 3 Cost. costituisca un parametro della decisione menzionando, invece, il diritto delle coppie dello stesso di vivere liberamente la propria condizione di coppia ex art. 2 Cost. Infine, il *Conseil constitutionnel* francese, nella sua sentenza sul *mariage pour tous*³², ha semplicemente affermato che “la

31 La Corte Suprema richiama, infatti, in *Obergefell*, cit., 135 S. Ct., 2614) anche il caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) che dichiarò incostituzionale i divieti di matrimoni interrazziali in vigore in alcuni stati (*anti-miscegenation laws*) osservando come in quella pronuncia non avesse voluto riconoscere uno specifico “diritto al matrimonio interrazziale”, ma piuttosto un diritto generale al matrimonio per tutti gli individui.

32 *Décision* n. 2013-669 DC, 17 maggio 2013, *considérant* n. 22.

differenza tra le coppie formate da un uomo e da una donna e le coppie dello stesso sesso non può più essere giustificata dal fatto che quest'ultima non possa vedersi riconosciuto lo status e la protezione giuridica che sono associati al matrimonio”.

In conclusione, quindi, nell'attuale stagione dei diritti, la dignità, per l'ampiezza dei suoi contenuti e la sua duttilità sul piano interpretativo (Barak 2015), consente alle corti –in particolare a quelle costituzionali che più avvertono la necessità di preservare la propria legittimazione dalle accuse di un uso “politico” del controllo di legittimità costituzionale– di mediare tra eguaglianza e libertà, identità nazionali e locali ed aspirazioni ad una dimensione universale dei diritti fondamentali.



Bibliografia

1. BARAK, Aharon. 2015. *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press
2. DALY, Erin. 2013. *Courts, Constitutions and the Worth of the Human Person*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press
3. DUPRÉ, Catherine. 2015. *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*. Oxford: Hart Publishing
4. DÜRIG, Gunter. 1956. “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde.” *Archiv des öffentlichen Rechts*, 81,2: 117-157
5. DWORKIN, Ronald. 2002. Tr. It. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*. Milano: Feltrinelli
6. HOFMANN, Hasso. 1993. “Die versprochene Menschenwürde.” *Archiv des öffentlichen Rechts* 118,3: 353-377
7. FINCK, Michèle. 2016. “The Role of Human Dignity in Gay Rights Adjudication and Legislation: A Comparative Perspective.” *International Journal of Constitutional Law (Icon)* 14, 3: 26-53
8. GLENSY, Rex D. 2011. “The Right to Dignity.” *Columbia Human Rights Law Review* 43,1: 65-142
9. LUTHER, Joerg. 2007. “Ragionevolezza e dignità umana.” In *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di Augusto Cerri, 185 ss. Roma: Aracne

10. McCRUDDEN, Christopher. 2008. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights." *European Journal of International Law* 19:4, 655-724
11. MCCRUDDEN, Christopher. 2014. "In Pursuit of Human Dignity. An Introduction to Current Debates." In *Understanding Human Dignity*, edited by Christopher McCrudden, 1-58. Oxford: Oxford University Press
12. MONACO, Giuseppe. 2011. "La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative." *Politica del Diritto*. 2011, 1: 45-78
13. NUSSBAUM, Martha. 2010. *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press
14. PODLECH, Adalbert. 1989. "Art. 1 abs. 1." In *Alternativkommentar zum Grundgesetz*³. Newwied: Kriftel
15. RAO, Naomi. 2008. "On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law." *Columbia Journal of European Law* 14, 2:201- 255
16. RAO, Naomi. 2011. "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law." *Notre Dame Law Review* 86:1, 183-271
17. RIDOLA, Paolo. 2012. "La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea." In *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, a cura di Roberto Nania, 61-144. Torino: Giappichelli
18. RIPEPE, Eugenio. 2014. *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*. Torino: Giappichelli editore
19. RUGGERI, Antonio e Spadaro, Antonino. 1991. "Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)." *Politica del Diritto*, 1991, 3: 343-377
20. SIEGEL, Reva. 2012. "Dignity and Sexuality: Claims of Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriages." *International Journal of Constitutional Law* 10:2, 355-379
21. SILVESTRI, Gaetano. 2009. *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*. Milano-Bari: Laterza
22. SPERTI, Angioletta. 2017. *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*. Oxford: Hart Publishing
23. TAYLOR, Charles. 1992. *The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press (in traduzione italiana 2003. *La politica del riconoscimento*. Milano: Feltrinelli)
24. TOLLEFSEN, Christopher. 2013. "The Dignity of Marriage." In *Understanding Human Dignity*, Christopher McCrudden editor, 482-499. Oxford: Oxford University Press

25. TRIBE, Lawrence H. 2015. "Equal Dignity: Speaking Its Name." *Harvard Law Review Forum*, 1:16, 129
26. VINCENTI, Umberto. 2009. *Diritti e dignità umana*. Roma-Bari: Laterza
27. WALDRON, Jeremy. 2012. *Dignity, Rank and Rights*. Oxford: Oxford University Press
28. WEINRIB, Jacob. 2016. *Dimensions of Dignity. The Theory and Practice in Modern Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press
29. YOSHINO, Kenji. 2011. "The New Equal Protection." *Harvard Law Review* 124, : 747-803
30. YOSHINO, Kenji. 2015. *Speak Now: Marriage Equality on Trial*. New York: Crown Publishers
31. WALDRON, Jeremy. 2007. "Dignity and Rank." *Archives Européennes de Sociologie*, 48,2:201-237
32. ZANETTI, Gianfrancesco. 2015. *L'orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*. Bologna: Il Mulino



Escriben

Gianluca Famiglietti	Blanca Rodríguez Ruiz
Antonello Lo Calzo	Silvia Romboli
Tania Groppi	María Ruiz Dorado
Nicola Pignatelli	Angioletta Sperti
Emanuele Rossi	María Elena Attard Bellido
Abraham Barrero Ortega	Silvia Bagni
Aldacy Rachid Coutinho	Michele Carducci
Luiz Alberto David Araujo	Paolo Caretti
Francisco Javier Díaz Revorio	Paolo Carnevale
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo	Pasquale Costanzo
Elena Malfatti	Emanuele Corn
Elvira Méndez Chang	Domingo García Belaunde
Saulle Panizza	Luis López Guerra
Paolo Passaglia	Augusto Martín de la Vega
Luis Alberto Petit Guerra	Lucio Pegoraro
Antonio Ruggeri	Juan Manuel Sosa Sacio
Néstor Pedro Sagüés	Giovanni Tarli Barbieri
Gaetano Silvestri	Luis Aguiar de Luque
Fernando Facury Scaff &	Giuseppe Camapanelli
Antonio Moreira Maués	Francesco Dal Canto
Antonio Arroyo Gil	Ernesto Blume Fortini
Víctor Bazán	Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Ana Carmona Conteras	Itziar Gómez Fernández
Marc Carrillo	Gorki Gonzales Mantilla
Rubén Martínez Dalmau	Massimo Luciani
Ascensión Elvira Perales	Haideer Miranda Bonilla
Estefânia Maria de Queiroz Barboza	Giorgia Pavani
& Gustavo Buss	Andrea Pertici
Fernando Rey Martínez	Sabrina Ragone
Miguel Revenga Sánchez	Carmela Salazar

ISBN: 978-612-4464-09-6

