

«Modelos» de justicia constitucional y defensa de los derechos. Un ensayo preliminar para una nueva clasificación¹

SILVIA BAGNI

Doctora en Derecho por la Universidad de Bolonia. Profesora investigadora adscrita al Departamento de Derecho Público comparado de la misma universidad

SUMARIO: I.- PREMISAS METODOLÓGICAS; II.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD: EL CASO DEL ABORTO; III.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y TUTELA DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES: IGUALDAD, DISCRIMINACIÓN, ACCIONES POSITIVAS; IV.- CONCLUSIONES.

I

El objeto «justicia constitucional», es seguramente uno de los más «observados» por la doctrina del derecho comparado, tanto desde la óptica de la microcomparación (a través de estudios especializados en un instituto particular, o «componentes» del proceso constitucional o estudios jurisprudenciales) como desde la macrocomparación. Son, en efecto, numerosísimas las propuestas de modelos y clasificaciones que buscan reducir a «sistema», o quizá mejor diría «a sistemas», en plural, el articulado panorama mundial de los tribunales y cortes constitucionales y supremas. Este interés es seguramente justificado por el hecho que los órganos de justicia constitucional, se han transformado, hoy en día, en los principales defensores de los derechos humanos al interior de cada Estado, avanzando más allá de sus originarias funciones arbitrales en los conflictos entre Estado y entes territoriales², para convertirse, sobre todo, en «jurisdicción de la libertad»³ al margen de la composición o la estructura de la magistratura constitucional.

1. Traducción del Italiano de Pedro P. Grández Castro, Asesor del Tribunal Constitucional y miembro del Consejo de redacción de la Revista.
2. Sobre esto v. E. D'Orlando, *La funzione arbitrale della Corte costituzionale tra Stato centrale e governi periferici*, CCSDD, Tecture Series, Bonomo, Bologna, 2005.
3. Según la conocida expresión de M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano, 1955.

Estudios más recientes sobre los modelos y su circulación, evidencian una tendencia a la «parcelización» de los sistemas. O se asume una única gran contraposición⁴ o, en cambio, llegado el punto, se sugiere la utilización contemporánea e integrada de parámetros diversos de clasificación⁵, estableciendo categorías para cada ordenamiento como si fueran iguales, pero teniendo siempre como referentes las experiencias estadounidense o austriaca, como si se hubieran desarrollado siguiendo directrices originales y a menudo «únicas»⁶.

De otro lado, aunque exagerando un poco, se podría llegar a la conclusión de que «en el fondo- cada Estado tendrá, en este punto, su propio modelo de justicia constitucional»⁷. Si bien tal afirmación resultaría en verdad descriptiva de los actuales sistemas de justicia constitucional en el mundo, no obstante implicaría que la ciencia comparatista abdique a una de sus funciones vitales: aquella que se encarga de estudiar los modelos y su circulación⁸.

Por este motivo, lejos de querer agregar a todo costo un nombre más a la lista de «colores» que se ha escrito ya sobre el tema de los modelos de justicia

4. Aquí resulta inevitable la referencia a P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950, 6.
5. V. más recientemente, J. J. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante al siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002; L. Pegoraro, «La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional», en: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p. 393 ss.; F. Fernández Segado, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, CCSD Lecture Series, Bonomo, Bologna, 2003; F. Fernández Segado, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina*, CCSD Lecture Series, Bonomo, Bologna, 2005.
6. Esta propuesta reconstructiva tiene el mérito de evidenciar la dinámica de las instituciones de la justicia constitucional y de redimensionar el baricentro, sutil y hasta hace poco tiempo indiscutiblemente posicionado entre Europa occidental y Estados Unidos, poniendo en evidencia en cambio, los aportes innovativos de los países de la Europa oriental y de América Latina.
7. A. Celotto, *La Corte costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 19.
8. «Distinto es en efecto estudiar el derecho privado, el derecho penal, el derecho administrativo con sensibilidad comparatista, sin encerrarse en los propios confines ni replegándose sobre las experiencias conceptuales de la tradición del propio país, otra cosa es ponerse como objetivo (finalizzare) la comprensión de la analogía y de la diferencia, de las relaciones de influencia o de indiferencia para una investigación orientada a individualizar aquel conjunto de valores, de eslabones, de modos de ser (a veces cercanos o a veces distantes) que constituyen ni más ni menos el Derecho comparado en su conjunto, según una línea de pensamiento que puede utilizar ya sea criterios históricos, o criterios sistemáticos, para tener la certeza o cuando menos para aproximarse a ella, respecto de la existencia de tales relaciones de afinidad o para identificar al interior de aquellas, ciertos tipos de similitudes que tienden a manifestarse, para formar objeto de comparación» (G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 11).

constitucional, me propongo en este ensayo aproximarme al tema de los modelos, pero utilizando para ello un método de investigación distinto al dogmático y prescindiendo de las clasificaciones doctrinarias que tratan sobre el particular. Lo que quiero hacer es caminar a la búsqueda de semejanzas y diferencias entre sistemas de justicia constitucional en las respuestas concretas que éstas suelen dar a las demandas individuales de tutela de los derechos, analizando la solución que la Corte o Tribunal propone para casos jurisprudenciales similares⁹. La atención estará entonces focalizada sobre los instrumentos que la Corte o Tribunal puede utilizar para restablecer el derecho violado, buscando ordenar los sistemas de justicia constitucional propio, sobre las analogías o divergencias en la fase de ejecución/actuación de las sentencias que protegen o restituyen el derechos.

El Derecho Procesal Civil suele distinguir entre demanda autodeterminada y heterodeterminada, en base a la naturaleza del derecho demandado por el actor. El objeto del proceso determina el tipo de respuesta del juez, que se pronunciará, consecuentemente, ya sea con una sentencia declarativa, constitutiva o de condena. En mi opinión, también en el proceso constitucional¹⁰ el objeto (es decir, la naturaleza del derecho violado) influye en el pronunciamiento del Juez Constitucional. En particular, se puede distinguir el caso en el que, para eliminar la situación de ilegitimidad, es suficiente la declaración de inconstitucionalidad del acto denunciado (por cuanto el objeto del proceso está representado por un derecho absoluto de primera o segunda genera-

9. No se trata de *factual approach* (sobre esto v., entre otros L. Pegoraro, A. Rinella, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, CEDAM, Padova, 2002, p. 150; en sentido crítico G. Lombardi, op. cit., p. 131 ss.; U. Mattei, P. G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997, p. 15; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5a ed., UTET, Torino, 1992, p. 153 ss.) porque no realza los términos reales a partir del cual emana la pregunta. En verdad se utiliza una convinación del método problemático y el método casuístico, buscando despojarse de la mejor manera posible de los esquemas clasificatorios habituales para hacerles objeto de verificación a la luz de la «razón instrumental» (para el uso de tal expresión referida al derecho comparado como ciencia v. G. Lombardi, op. cit., p. 11 ss.). propia de este trabajo, que es la de estudiar los modelos de justicia constitucional en función del tipo de tutela ofrecida a los individuos.
10. No entro al análisis del debate acerca de la existencia o no de un Derecho Procesal Constitucional (v. al respecto G. Bognetti, «La Corte costituzionale tra procedura e politica», en AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 221 ss., véase además y en el mismo sentido, las intervenciones sobre el tema de C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, p. 63 ss.; S. Panunzio, *Qualche riflessione sulla «elasticità» delle regole procedurali nel processo costituzionale*, p. 259 ss. y de G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, p. 105 ss.; A. Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, en M. Bessone (al cuidado de), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 133 ss.; las intervenciones de V. Angiolini, *La Corte senza il «processo» o il «processo»*

ción); o bien, cuando resulta necesaria una ulterior actividad «positiva» de parte del Estado (porque el objeto del proceso es en este caso, un derecho considerado de prestación). En otras palabras, podemos distinguir, dependiendo de si la sentencia sea o no *self-executing* respecto a la exigencia de tutela individual sobre el cual el proceso constitucional se ha puesto en movimiento.

A la luz de esta distinción he tratado de seleccionar algunos casos ejemplificativos que permitan un análisis transversal entre ordenamientos diversos y representativos de «modelos» de justicia constitucional (Estados Unidos, Italia, España, Alemania). Soy conciente de que un trabajo metodológicamente riguroso requeriría una casuística bastante más amplia de aquella que presenta este ensayo, y también un esfuerzo ingente en la fase de verificación de los resultados. Espero, por tanto, en virtud de la extensión de este trabajo, se me permita proponer en esta oportunidad los resultados como una especie de preámbulo para una sucesiva investigación mejor articulada al respecto.

II

La cuestión respecto a la legitimidad constitucional del aborto representa en mi opinión un caso ejemplificativo en el que el objeto del proceso es un derecho que entra en la categoría de la «libertad del Estado», y por lo tanto, tutelable a través del cese de la conducta lesiva (en nuestro caso, por tanto, a través de la declaración de inconstitucionalidad del acto impugnado). Además, se presta particularmente como caso de laboratorio, puesto que todas las Cortes si son medidas con el tema y los hechos de la causa sometidos al proceso son necesariamente iguales. La consecuencia es que se limita fuertemente a la incidencia de los «hechos» sobre las soluciones concretas pronunciadas por la Corte o Tribunal. Veamos brevemente esbozados los singulares casos ordenados cronológicamente (a fin de poder evidenciar también eventuales influencias recíprocas en la jurisprudencias de las cortes) para poder pasar a poner de relieve similitudes y diferencias en el acercamiento a la problemática.

costituzionale senza processualisti, y de P. Carrozza, «Il processo costituzionale senza processo», en el volumen al cuidado de R. Romboli, *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991; el volumen dirigido por G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*. *Atti del seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Giappichelli, Torino, (2002), por lo tanto, utilizaré el meta-lenguaje del proceso civil sólo por comodidad, en su significado común y no técnico.

ESTADOS UNIDOS

El *leading case* en los Estados Unidos es *Roe v. Wade*¹¹, del año de 1973. La actriz Roe, una mujer soltera embarazada, había planteado una *class action* a la Corte de Distrito (a la que se había adherido la intervención de un médico en espera de pronunciamiento por dos presuntos delitos de ayuda al aborto), denunciando la inconstitucionalidad *on their face*¹² de las leyes penales del Estado de Texas, que penalizaban el aborto o la tentativa de aborto, salvo la necesidad de salvar la vida de la madre respaldada en la opinión motivada de un Consejo Médico. La Corte de Distrito reconocía las leyes inconstitucionales (*void*), en cuanto éstas eran imprecisas y por tanto lesivas de los derechos de los demandantes reconocidos en las Enmiendas IX y XIV de la Constitución, pero no se pronunciaba en vía de ejecución, como había sido el requerimiento de los demandantes, a efectos de prohibir al Estado demandado su puesta en vigencia posterior. La actriz proponía apelación directa a la Corte Suprema por la falta de concesión del *injunctive relief* por parte de la Corte de Distrito.

La extensa sentencia intentar un difícil balancing entre intereses de diversa naturaleza. Luego de un articulado excursus histórico sobre la penalización del aborto desde la época de la Grecia clásica hasta la actualidad, la Corte identifica como objeto del juicio el derecho constitucional a la *privacy* jurisprudencialmente extraído de la IX y XIV Enmienda. En la sentencia en efecto, se dice que: «Este derecho a la privacidad ... es lo suficientemente amplio como para comprender la decisión de una mujer de terminar o no con su embarazo...»¹³, mas tal derecho no es absoluto, pues la Corte considera: «Nosotros por lo tanto, concluimos que el derecho a la privacidad personal incluye la decisión del aborto, pero este derecho no es absoluto y debe ser considerado a contrapelo de los importantes intereses del Estado para su regulación»¹⁴. Los intereses del Estado con relación a la elección a favor de una reglamentación, también penal de la materia son: a) la garantía de la ejecución de la intervención en condiciones de seguridad para la paciente; b) la protección de la salud y la vida de la mujer; c) el interés a la protección de una

11. 410 U.S. 113 (1973).

12. En el sistema estadounidense no se admite una acción directa de inconstitucionalidad, que prescinda por tanto de un interés actual y concreto para la resolución de un *case or controversy*, salvo que la ley objeto de la demanda no sea declarada inconstitucional *on its face*, esto es, diremos nosotros, en vía manifiesta, *ictu oculi*.

13. «This right of privacy, ... is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy».

14. «We therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation» (Punto VIII.)

«vida potencial». El *balancing*, por tanto, entre el derecho a la *privacy* de la mujer (y por lo tanto el derecho de decidir libremente si y cuando interrumpir un embarazo), y los «*compelling state interest(s)*» que legitiman una limitación del derecho de la persona, viene resuelto por el Juez mediante la reglamentación directa de la materia. La Corte en efecto subdivide el periodo del embarazo en tres trimestres, para cada uno de los cuales viene indicado cuál es el interés prevalente. Así, en el primer trimestre prevalece de manera absoluta el derecho a la *privacy* de la mujer; en el segundo trimestre, el Estado puede regular la materia para garantizar la salud de la mujer gestante; en el tercer y último trimestre, habiendo el feto, según la ciencia médica, alcanzado la etapa de «viabilidad», es decir, la posible autonomía de vida fuera del útero materno, prevalece los intereses del Estado a la tutela de la vida pre natal, y por tanto, es legítima también la opción de penalizar el aborto.

La Corte Suprema establece de este modo, la inconstitucionalidad de las leyes de Texas, pero afirma que la orden inmediata no es necesaria: «Consideramos innecesario decidir si la Corte de Distrito erró en denegar el injunctive relief, debido a que asumimos que las autoridades judiciales de Texas otorgarán plena validez a esta decisión en el sentido que las leyes criminales del Estado de Texas son inconstitucionales.¹⁵»¹⁶. Es de notar finalmente, que a la Sentencia de la Corte se incorporan tres opiniones concurrentes (jueces Burger, Douglas y Stewart) y dos opiniones disidentes (jueces White y Rehnquist).

ITALIA

En Italia, la histórica sentencia relativa a la cuestión del aborto es la N° 27 de 18 de febrero de 1975. La cuestión fue introducida por vía incidental, a través de la providencia de un Juez Instructor del Tribunal de Milán en la que se dudaba de la legitimidad constitucional del delito de auxilio al aborto.

A diferencia de la sentencia estadounidense, la italiana es brevísima y concisa en todo aquello que hace referencia a valores o concepciones de tipo extra-jurídico. «*Considera la Corte que la tutela del concebido (...) encuentra su fundamento constitucional en el artículo 31, inciso 2° de la Constitución que impone expresamente la «protección de la maternidad»* y, más en general, el artículo 2° que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, entre los cuales

15. «We find it unnecessary to decide whether the District Court erred in withholding injunctive relief, for we assume the Texas prosecutorial authorities will give full credence to this decision that the present criminal abortion statutes of that State are unconstitutional.»

16. Punto XII.

no puede dejarse de incluir desde luego, y con sus particulares características, la situación jurídica del concebido». Ello justifica, según la Corte, la intervención del legislador para prever sanciones penales, pero al mismo tiempo, se reconoce que *«el interés constitucionalmente protegido relativo al concebido puede eventualmente colisionar con otros bienes»*. La ley incurre, por tanto, en el vicio de conceder a los derechos del concebido prevalencia absoluta, sin contemplar excepciones relativas a la tutela de otros intereses iguales y también constitucionalmente garantizados, como la vida o la salud de la madre. La sentencia *es una interpretativa de acogimiento parcial declarando inconstitucional la norma en cuestión* (*«en la parte en que no prevé que el embarazo pueda interrumpirse cuando la ulterior gestación implique daño, o peligro grave, médicamente comprobado y debidamente motivado en este sentido y que no pueda evitarse de otro modo, para la salud de la madre»*), con una orden al legislador a efectos de que disponga las providencias necesarias a efectos de evitar que el aborto sea cometido sin saberse acertadamente sobre la realidad y gravedad del peligro o daño a la madre en caso de proseguirse con el embarazo.

ALEMANIA

Prácticamente concomitante, pero con dudas diametralmente opuestas, es la sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre la ley alemana en materia de aborto del 25 de febrero de 1975¹⁷. Mediante un recurso constitucional venía interpuesta al Tribunal la cuestión de legitimidad del §218^a del Código Penal, como modificación de la Quinta Ley de Reforma del Código Penal de 1974. En particular, estaba prevista la imposibilidad del aborto realizado dentro de las primeras 12 semanas de gestación.

El Tribunal no sólo declara ilegítima la disposición, por ser contrario a las disposiciones concordadas de los artículos 2, c. 2 y 1, c. 1 de la Ley Fundamental (GG), sino que además y mediante el poder de adopción plena, dicta las medidas necesarias para la actuación de la sentencia previsto por el §35 de la Ley sobre el Tribunal Federal, y dispone la regulación directa de la materia en forma transitoria, en espera de una adecuada intervención del legislador.

El Tribunal antepone al análisis jurídico una introducción sobre la legislación en materia de aborto desde el Código Penal prusiano, dando cuenta también de los trabajos parlamentarios en el debate de la ley en vigor. Luego pasa a analizar el

17. BVerfGE 39, 1. Hemos utilizado aquí la versión inglesa de la sentencia, disponible en el sitio web: http://swiss.csail.mit.edu/~rauch/nvp/german/german_abortion_decision2.html y publicada en: *The John Marshall Journal of Practice and Procedure* (Vol. 9:605).

artículo 2, c. 2 del *Grundgesetz*, afirmando que el término «*jeder*» incluye también la vida prenatal y que tal norma no sólo prevé una obligación «negativa» de abstención para el Estado de interferir o lesionar aquel derecho, sino que además, contempla una obligación «positiva» de tutela¹⁸. El Tribunal admite que el Estado pueda considerar también otros intereses en contraste con aquel a la tutela de la vida del concebido, sobretodo aquel de la madre, pero «este punto de vista, debe ser, de todos modos, rechazado en la medida en que no venga respaldado de alguna forma en un interés jurídico relevante de la madre, o el aborto sea una opción dictada con indecencia o por mera oportunidad». El Tribunal prosigue criticando la opción de regular el embarazo en modo diverso en base al periodo de gestación, reconfirma que el derecho a la vida corresponde también al concebido y que el artículo 2, c. 2. GG supone una obligación positiva para el Estado de asegurar una adecuada tutela a tal derecho. Reconoce de este modo que la opción de los medios de tutela de un derecho corresponde siempre al legislador, a lo que el Tribunal no puede sustituirse, pero a ello corresponde juzgar la adecuación (*ragionevolezza*) de los medios elegidos respecto al objetivo de tutela¹⁹. El Tribunal considera que el legislador, en el caso bajo análisis, al haber despenalizado el aborto en las primeras 12 semanas de gestación, no había previsto medidas alternativas adecuadas para tutelar la vida prenatal en aquel periodo, y en consecuencia, censura tal disposición. A la sentencia sigue la opinión disidente de dos jueces, que, citando amplia jurisprudencia austriaca y americana, contestan el íter argumentativo de la mayoría y denuncian cómo el Tribunal se habría sustituido en los hechos al legislador.

ESPAÑA

Finalmente en España, la cuestión ha sido resuelta a través de uno de los poquísimos casos de *recurso previo de inconstitucionalidad* (STC 53/1985 de 11 de abril), aunque para nuestros fines resultará también útil analizar *la sentencia de amparo* N° 70/1985 de 31 de mayo.

El objeto del recurso previo era la legitimidad constitucional de la despenalización del aborto en presencia de determinadas condiciones. Así como

18 «Article 2, Paragraph 2, Sentence 1, of the Basic Law, contains according to this view, not only a right of defense against direct attacks by the state but at the same time forms a foundation for a positive demand for protection against the state» (Trad. «El punto 1 del párrafo 2 del artículo 2 de la Ley Fundamental, regula de acuerdo a este punto de vista, no solo el derecho de defenderse contra ataques directos por parte del Estado, sino que al mismo tiempo establece la obligación positiva del Estado para proteger tal derecho...» (punto II).

19 «The court may not put itself in the place of the legislature; it is, however, its task to examine carefully whether the legislature, in the framework of the possibilities

en Alemania, el Tribunal imputa al Estado, cuando exista conflicto de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, no sólo un deber negativo de abstención, sino también, «una obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano» (FJ. 4º)²⁰. Se reconoce que la vida del nascituro es un bien jurídico constitucional protegido por el artículo 15º de la Constitución Española (CE) y que en consecuencia, resulta necesario ponderar el conflicto entre este bien y aquellos correspondientes a la madre, por lo que sólo en determinadas situaciones particulares resulta legítimo renunciar a la tutela penal.

El recurso de Amparo, venía en cambio propuesto contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo N° 4733/1993, la misma que anulaba la sentencia absolutoria de mérito, condenando a los imputados por el delito de aborto. Los recurrentes solicitaban la anulación de la Sentencia del Supremo por considerar que éste no había aplicado la eximente del *estado de necesidad* y, en consecuencia, se condene al alto Tribunal por la violación del derecho constitucional de los recurrentes ex art. 15º CE, a la integridad física y moral referida a la negación de la opción de abortar.

El Tribunal considera que el proceso no tenía como objeto inmediato la norma penalizadora del aborto²¹, —no obstante que el fundamento jurídico de la cuestión fuera aquel del conflicto entre los derechos de la madre y del nascituro²². En opinión del Tribunal, el recurso de amparo así planteado, comportaría un pronunciamiento sobre el mérito de la sentencia del Tribunal Supremo acerca de la aplicabilidad o no del estado de necesidad, situación que sería extraña al pro-

standing at its disposal, has done what is necessary to avert dangers from the legal value to be protected» [Trad. «La Corte no reemplaza al Parlamento; sin embargo, su tarea es examinar cuidadosamente si el Parlamento, en el marco de las posibilidades puestas a su disposición, hizo lo que era necesario para apartar los peligros del valor jurídico que debe ser protegido»] (punto III).

20. V. también F.J. 12: «... el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto».
21. Al extremo que se llega a decir en la sentencia que los recurrentes admiten que la vida intrauterina es un bien constitucionalmente tutelado. (FJ. 5).
22. «... lo que se plantea como un enfrentamiento entre los derechos de la mujer y el del nasciturus».
23. «... es claro que nos adentramos en un terreno que por consecuencia de lo previsto en el art. 117.3 de la C.E. está vedado a este Tribunal Constitucional, como privativo del que tiene encomendado la jurisdicción ordinaria» (F.J. 5).

ceso constitucional de amparo²³. Finalmente, en cuanto al conflicto de los derechos constitucionales de los sujetos implicados, el Tribunal reenvía la solución a la vía legislativa, en debate en aquel momento²⁴, recordando de este modo no poder intervenir en el tema y, por tanto, rechazando de nuevo el recurso. Junto a la sentencia, viene también publicado el voto particular del magistrado Tomás y Valiente el cual critica ásperamente la posición asumida por el Tribunal. Para dicho magistrado habría una evidente situación de confrontación de la normativa penal en materia de aborto con el artículo 15º CE. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional habría tenido el deber de declarar inconstitucional el artículo 411º del Código Penal y de conceder el amparo, en cuanto la sentencia de mérito resulta lesiva de los derechos fundamentales de los recurrentes²⁵.

ANÁLISIS

La primera observación sobre estos casos concierne al parámetro de constitucionalidad. La problemática de la licitud penal del aborto viene encuadrada por la Corte estadounidense como una de las facetas del derecho a la *privacy* de la madre que viene balanceado respecto de los *interessi* del Estado a la tutela de la salud materna y de la vida fetal; para el caso de los tribunales español y alemán, como el derecho a la vida del *nasciturus* que viene ponderado con el derecho a la integridad física y moral de la madre; y para el caso de la Corte italiana, definido como situación jurídica del concebido equiparable con los «derechos inviolables del hombre» y el derecho a la vida y a la salud de la madre. No interesa aquí confrontar la elección de valores y las correspondientes argumentaciones de las Cortes en mérito al estilo del balanceamiento, ya que se trataría de dimensiones no conmesurables e incompatibles entre ellos, donde cada Corte razona en base a un texto constitucional diverso, y sobre todo, en torno a un «contexto» diferente. Lo que en todo caso quisiera subrayar, es que la cuestión ha venido siendo tratada como problemática de legitimidad constitucional por todas las Cortes, aunque no todos los textos constitucionales lo reconozcan de modo expreso.

24. «Que se trata de enfrentamiento, a que hicimos alusión precedentemente» en sentir de la recurrente» lo puede abonar la posición del legislador actual, quien trata de atender a él mediante la inclusión en el Código Penal del nuevo art. 417 bis...» (F.J. 5).
25. «El Tribunal Constitucional no puede decir cómo habría de redactar el legislador el 411 del Código Penal para hacerlo conforme con la Constitución... Pero el Tribunal no sólo puede, sino que debe, declarar la inconstitucionalidad del 411 del Código Penal, ante de que entre en vigor el anunciado 417 bis, porque su texto desconoce y, por tanto, lesiona determinados derechos fundamentales en conflicto...» (voto particular, punto 2).

En efecto, si bien las constituciones alemana y española (esta última profundamente inspirada en la primera) reconocen explícitamente a cada persona el derecho a la vida y a la integridad física (y moral; art. 2, c. 2 GG; art. 15 CE). La Constitución americana, en cambio, nace como Constitución concisa, si bien enriquecida en el tiempo con la aprobación de los *Bill of Rights*.

Conforme a la XIV Enmienda «*Ningun Estado deberá privar a ninguna persona de su derecho a la vida, a la libertad o a la propiedad, sin que medie un debido proceso legal*»²⁶ Esto no es por tanto un reconocimiento explícito de la inviolabilidad del derecho a la vida, que viene no obstante garantizado en los conflictos con el Estado a través de la obligación del *due process*. De otro lado, tampoco el derecho a la privacy está sancionado constitucionalmente, por lo que se ha extraído jurisprudencialmente a partir de las enmiendas IX o XIV. Finalmente, en lo que respecta a Italia, el mecanismo de ampliación del elenco de los derechos constitucionales a través de la cláusula abierta del artículo 2º es bastante conocida, por lo que no requiere mayores comentarios.

La función de garantía de los derechos es ahora universalmente asumida por todas las Cortes Supremas o por los Tribunales Constitucionales como tarea inmanente del órgano, tanto que con frecuencia obliga a los jueces a ir más allá de los límites (literal, históricos culturales) de los textos constitucionales sobre la base de los cuales juzgan. De este modo, en el proceso para la tutela de los derechos deviene en parámetro, en caso sea necesario, incluso aquello que la Constitución no dice, para lo cual los derechos «humanos», entendidos como situaciones subjetivas para los que se requiere tutela, convierten de todos modos en «constitucionales», y en consecuencia, elevan formalmente a estas categorías jurídicas a la condición de derechos dignos de tutela por parte del Estado. Una primera conclusión sería entonces, que la ampliación formal del parámetro, y por tanto, del texto de la Constitución, no es un elemento que pueda demostrar si el ordenamiento sea idóneo o no para garantizar los derechos humanos²⁷. De una parte, porque, incluso en textos constitucionales «largos», puede no estar asegurada la garantía jurisdiccional de los derechos; de otra, porque el parámetro se expande en directrices extratextuales²⁸.

26. «*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*»

27. [V. en sentido contrario, G. Pavani, «Il ruolo del parametro nella classificazione dei modelli di giustizia costituzionale», ensayo introductorio a M. Savona, *La dinamica dei parametri di costituzionalità nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel francese*, CCSDD Lecture Series, Bonomo, Bologna, 2004, p. 9.

28. [V. A. D' Aloia, «Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana», in L. Califano (a. cuidado de), *Donne, politica e*

Una ulterior observación sobre estos casos tiene que ver con los instrumentos que las Cortes suelen usar para asegurar la tutela necesaria al derecho en cuestión. Habíamos inicialmente dicho, que en el caso del aborto los derechos constitucionales implicados son de tal naturaleza, que un pronunciamiento simple, de acogimiento o rechazo de la instancia, sería suficiente para restablecer el derecho. No obstante, en realidad, sólo el Tribunal español ha optado por una solución de este tipo. Tanto la Corte Suprema estadounidense como el Tribunal Alemán, han considerado necesario, cada uno desde su propio punto de vista, además de declarar ilegítima la norma en cuestión, dictar medidas constitucionalmente compatibles a través de los instrumentos técnicos previstos en sus respectivos ordenamientos.

En *Roe v. Wade* la Corte Suprema, en el punto XI de la sentencia, individualiza tres distintos periodos del embarazo, y para alguno fija límites a la intensidad de la tutela penal del aborto, reconociendo en el primer trimestre la prevalencia absoluta del derecho a la *privacy* sobre cualquier otro interés en oposición, e introduciendo el criterio de la «viabilidad» como línea divisoria entre el aborto penalmente lícito y aquel que es ilícito en el semestre sucesivo, dejando al legislador estatal, márgenes de intervención sólo para el aborto en el último trimestre de embarazo. La solución ofrecida por la Corte americana recupera plenamente hasta sus límites el ejercicio de sus poderes, ya que es el último nivel de jurisdicción ordinaria en un sistema de fuentes del derecho en base a la jurisprudencia. La Corte habría podido adoptar también una decisión ejecutiva, sin embargo no lo consideró necesario, confirmando así nuestro argumento inicial sobre la naturaleza «*self-executing*» de la sentencia.

processi decisionali, Giappichelli, Torino, 2004: «Lo que se quiere decir, es que, independientemente de la «escritura» constitucional de formas y direcciones «sustanciales» de la igualdad, es decir, inmersa en las concretas dinámicas económico-sociales con finalidad de transformación de la existente, éstas se desarrollan «naturalmente», como resultado de procesos políticos y culturales, de actuaciones e interpretaciones, en el cuerpo de la «equal protection» que no es solamente igualdad formal» (p. 40). V. también A. Spadaro, «Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua «evoluzione» del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità», en G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (al cuidado de), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del seminario di Palermo, 28-29 maggio 1998*, Giappichelli, Torino, 2000: «...una objetiva relativización del parámetro «abstracto» de constitucionalidad (es decir del texto), cuya existencia jurídica efectiva depende —además de los usos, los desusos y los hechos— sobretodo de *quien* (Corte) y como (instrumentos y técnicas que utiliza) se determina el contenido «concreto» y viviente (normas)» (p. 18); «Este es el dato por el cual «no la Constitución en abstracto» sino el parámetro constitucional in concreto, por lo menos en muchos casos, es fruto de la inteligencia «creativa» de los tribunales constitucionales» (p. 58).

En el caso alemán, el *Bundesverfassungsgericht* ha hecho uso del poder de ejecución *ex art.* 35 de la Ley sobre el Tribunal Federal. Ello, considerando que la mera declaración de inconstitucionalidad de la ley no aseguraba la tutela necesaria al derecho a la vida del nasciturus, por lo que ha creído oportuno el introducir una regulación transitoria, en espera que el legislador colmase el vacío normativo. Se trata a mi entender, de un poder muy significativo, sobre todo tratándose de un ordenamiento del *Civil Law*. El Tribunal Federal no habría podido en ningún caso intervenir directamente sin la provisión del art. 35, aun cuando de todos modos, está legislativamente previsto que la Sentencia Constitucional (la parte dispositiva y también los cd. *Tragende Grunde - Fundamentos*) tienen fuerza de ley (art. 31 de la Ley sobre el Tribunal Federal). No obstante ser un instrumento usado raramente, supone siempre un arma potente en las manos del *Bundesverfassungsgericht* en situaciones de encontrar violaciones de los derechos constitucionales

En Italia, en cambio, por ser el modelo de justicia constitucional bastante cercano al alemán, el ordenamiento no atribuye a la Corte algún poder sobre la ejecución de sus sentencias, y reconoce eficacia vinculante sólo a la parte dispositiva de la sentencia de acogimiento (estimatoria). En el caso, la Corte se pronuncia mediante una sentencia *interpretativa de acogimiento parcial*, reconociendo la ilegitimidad del art. 549 del Código Penal («*en la parte en que no prevé que el embarazo pueda interrumpirse cuando la ulterior gestación implique daño, o peligro grave, médicamente comprobado y debidamente motivado en este sentido y que no pueda evitarse de otro modo, para la salud de la madre*»). La Corte, afrontando una materia penal no puede ir en todo caso mas allá. Considerando necesario prever la aplicación al caso en cuestión del aborto, de una particular forma de estado de necesidad, que en parte encuentra expandiendo por vía interpretativa las condiciones de tipicidad del artículo 54 del Código Penal, mientras en la parte innovativa se ve constreñida a reenviar a la intervención del legislador, fijando en cualquier caso, los parámetros en los que deberá moverse («*Mas observa también la Corte, que tal obligación del legislador requiere de las cautelas necesarias para impedir que el aborto venga facilitado sin saberse acertadamente sobre la realidad y gravedad del daño o del peligro que podría derivarse para la madre de proseguirse con el embarazo*»). Los límites de jurisdicción de la Corte italiana la obligan a detenerse frente a la necesidad de modificar la ley, aunque son muchos los casos en los cuales la creatividad normativa se manifiesta mediante las sentencias interpretativas y en particular aquellas *manipulativas*.

Sólo en el proceso de amparo español el Tribunal, aún reconociendo la existencia de un conflicto de derechos constitucionalmente relevantes, ha considerado no obstante que resolverlo es competencia exclusiva del legislador,

sobre todo, teniendo en cuenta una reforma *in itinere* del Código penal. En la opinión disidente, el magistrado Tomás y Valiente critica fuertemente la posición asumida por la mayoría, indicando como solución más oportuna la declaración de inconstitucionalidad de la norma incriminatoria, en espera de una regulación distinta de los intereses en juego. La sentencia muestra quizá un excesivo *self restraint* del Tribunal respetuoso con los límites de la propia función en las relaciones con el Poder Legislativo. Sólo en el juicio previo²⁹, el Tribunal español, a partir del ejemplo de su par alemán, se ha atrevido finalmente a reconocer el derecho a la vida como un derecho de prestación pero también una obligación positiva de intervención para garantizar el máximo nivel de tutela, incluyendo desde luego, también la tutela penal. En este sentido, las sentencias de los dos tribunales (alemán y español) llevan a límites extremos la jurisdicción constitucional, haciendo derivar de la Constitución una obligación de penalización de determinadas conductas lesivas de derechos constitucionales.

En conclusión, comparando los instrumentos con los cuales las Cortes aseguran tutela a los derechos constitucionales, se puede observar a la Corte italiana como aquella formalmente más desprovista, aunque la laguna viene enseguida superada en vía de hecho. El máximo de tutela es en cambio ofrecido por la Corte americana y alemana, mientras el Tribunal español, aunque dotado de los mismos instrumentos técnicos (v. *infra*, §3), parece no obstante menos propenso a desarrollar un rol activo en su relación con el legislador.

III

Para verificar las primeras conclusiones sobre el grado de efectividad de tutela de los derechos asegurado por cada uno de los ordenamientos examinados, debemos pasar a analizar el comportamiento de las Cortes y Tribunales de cara a los casos en los cuales el derecho constitucional objeto del proceso es de tipo «pres-tacional», es decir, casos en los que una sola declaración de ilegitimidad de la norma o del acto en conflicto con la Constitución no garantiza que la situación de derecho

29. Debe recordarse no obstante, que tal proceso no está contemplado en el ordenamiento español.

30. La Corte constitucional italiana ha definido las acciones positivas en la sent. 109/1993 como «el más potente instrumento en manos del legislador, que, en el respeto a la libertad y a la autonomía individual, tiende a realizar el punto de partida para la singular categoría de persona socialmente en desventaja: fundamentalmente aquellas reconducibles a las prohibiciones de discriminación establecidos en el inciso primero del propio artículo 3 (sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales) a fin de asegurar a las categorías iguales un estatuto efectivo de igualdad de oportunidades de inserción social, económico y político». En la perspectiva de este

devenga «conforme» a la Constitución misma. Se trata por ejemplo de los casos de discriminación y de violación del principio de igualdad sustancial y de los derechos sociales, a partir de las que se ingresa en el campo de las «acciones positivas»³⁰.

Uno de los casos más significativos en los Estados Unidos, tanto a nivel jurídico como a nivel fáctico socio-cultural³¹, es seguramente el de la segregación racial en las escuelas públicas. Como es sabido, el proceso parte del caso *Brown v. Board of Education*³², con la que la Corte Suprema cambia de modo radical el precedente *Plessy v. Ferguson*³³, que había inaugurado la doctrina del «*separate but equal*». En el caso, algunos padres de estudiantes negros, habían presentado recurso contra la autoridad educativa por haberles negado la inscripción de sus hijos en escuelas frecuentadas por blancos, por motivos raciales.

La Corte observa que la situación derivada de la doctrina del «iguales pero separados» viola la *Equal Protection Clause* de la XIV enmienda. El derecho a la educación, en efecto, debe estar garantizado a todos y en mismo modo, es decir, con las mismas oportunidades³⁴. La sentencia *Brown I* concluye aunque con la sola declaración de ilegitimidad de las normas que admiten la segregación de las escuelas públicas. La Corte renuncia a adoptar resoluciones de actuación, remitiendo el caso para su discusión por la parte ejecutiva. En *Brown II*³⁵ la Corte encarga a la autoridad judicial a efectos de que disponga, en los

-
- estudio, no obstante, no interesa la respuesta legislativa, sino más bien, aquella de las Cortes o tribunales Constitucionales frente a la desigualdad sustancial.
31. Para un testimonio de la relevancia y actualidad del tema en la cultura americana v. las páginas de J. Grisham, *The Last Juror*, Bantam Dell, New York, 2004, p. 144 y p. 243 ss. En las agendas de los tribunales se discuten todavía causas surgidas en el inicio de los procesos de desegregación. A título de ejemplo v. la sentencia n. 94-9355 (11th Cir. 1996), *Lockett, et al. v. Board of Education of Muscogee County School District, Georgia, et al.*
 32. 347 U.S. 483 (1954). Es de notar que todas las sentencias en materia de desegregación racial vendrán a partir de este momento en adelante, a testimoniar el intento firme y unánime de la Corte a favor de la actuación de los derechos. V. las reconstrucciones de B. Woodward, S. Armstrong, *The Brethren. Inside the Supreme Court*, Simon and Schuster, New York, 1979 y B. Schwartz, *How the Supreme Court Decides Cases*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1996.
 33. 163 U.S. 537 (1896).
 34. «In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the State has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms». (Trad. «En estos días, es dudoso que cualquier niño pueda esperar razonablemente tener éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación. Una oportunidad así, donde el Estado está encargado de proveerla, es un derecho que debe ser puesto a disposición de todos en iguales condiciones».
 35. 394 U.S. 294 (1955).
 36. «...to take such proceedings and enter such orders and decrees consistent with this opinion as are necessary and proper to admit to public schools on a racially

tres casos de apelación, la adopción de las providencias necesarias para resolver conforme a la sentencia del caso *Brown I*³⁶. En el certiorari, la Corte de mérito había ya emitido una providencia de inmediata admisión a la escuela para el recurrente, que viene confirmada, aunque el caso es igualmente diferido, puesto que el juez puede adoptar las otras providencias consecuentes a la sentencia *Brown*. La Corte Suprema dicta entonces los modos y los tiempos de actuación de la sentencia: afirma por ejemplo que las autoridades educativas serán responsables de adoptar las medidas necesarias en consideración de las exigencias de cada una de las realidades escolares y que las cortes deberán de verificar que las acciones emprendidas por las referidas autoridades representan ejecución en buena fe de los principios constitucionales establecidos en *Brown* («*good faith compliance at the earliest practicable date*»).

La Corte Suprema, a través de las cortes de mérito, emprende de forma del todo autónoma, un recorrido de actuación del derecho extraído a partir de la XIV Enmienda, poniendo a la cabeza a la autoridad educativa en vía primaria, y a las cortes de mérito en vía subordinada un «*affirmative duty*» de proveer con cada medio necesario a la desegregación. A tales procesos, inicialmente los gobiernos, y los legislativos de algunos Estados se opusieron firmemente. En el caso *Cooper et al. v. Aaron et al.*³⁷ la Corte Suprema toma una de las decisiones más fuertes de su historia, acerca del propio rol en el sistema de las fuentes del derecho: no sólo recuerda que los derechos reconocidos a través de sus sentencias no pueden ser desconocidos o anulados por la acción de los legisladores o Ejecutivos estatales, menos aún por las Cortes inferiores u otras autoridades administrativas; sino además, afirma que «...la interpretación de la XIV enmienda enunciada por esta Corte en el caso *Brown* es el supremo derecho de nuestra tierra y el artículo sexto de la Constitución le otorga efectos vinculantes para todos los Estados»³⁸.

nondiscriminatory basis with all deliberate speed the parties to these cases» (Cursivas mías). (Trad. «...para tomar tales procedimientos, y hacer de tales órdenes y decretos compatibles con esta opinión, es necesario y apropiado admitir en las escuelas públicas una base de no discriminación racial con toda la deliberada rapidez para las partes en este tipo de casos».)

37. [358 U.S. 1] (1958). Es el famoso caso en el que el Gobierno Federal debió enviar la Guardia Nacional para garantizar la seguridad de cuatro estudiantes negros que habían sido admitidos en una escuela para blancos en Little Rock, Arkansas en base a un plan de desegregación, a causa de la oposición del Gobierno del Estado y los disturbios en el orden público. La autoridad educativa, luego de los eventos había solicitado judicialmente la suspensión del Plan de desegregación.

38. «It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States».

Sobre la base de esta sentencia vienen a adoptarse planes de desegregación de parte de las autoridades educativas, además de ordenes (*injunctive relief*) de diversa naturaleza de parte de las Cortes en los casos en los cuales los *School Boards* se muestran reticentes a la intervención, entre los que también se observa una redefinición territorial de los distritos educativos (escolares) y las órdenes de *school busing*. El proceso de desegregación se desarrolla de todos modos de manera lenta, así la Corte Suprema es llamada a intervenir varias veces, aminorando los tiempos de actuación. En *Griffin et. al. v. County School Board of Prince Edward County*³⁹, se lee «The time for mere «deliberate speed» has run out», mientras en *Green et al. v. County School Board of New Kent County et al.*⁴⁰, se establece definitivamente, que no son admisibles más retardos y que en consecuencia, «La obligación de las autoridades educativas es hoy en día formular un plan de trabajo realista, y que esta propuesta realista se ponga en practica ahora»⁴¹. Si las autoridades educativas no cumplen con esta tarea, los jueces tienen amplios poderes para elaborar remedios que aseguren un sistema educativo unitario, como se reafirma en *Swann et. al. v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education et. al.*⁴², donde se evalúa la constitucionalidad de algunos tipos de medidas sobre calidades de cuotas, redefinición de los distritos escolares, transporte escolar, etc.

Parece por tanto evidente cómo la Corte Suprema se ha dotado de los instrumentos y de la autoridad para dar efectividad a los derechos constitucionales que ella misma extrae de las «escuálidas» cláusulas de la Constitución americana, aunque en ausencia de colaboración de parte de los poderes legislativo y ejecutivo, y a pesar de la impopularidad de sus líneas jurisprudenciales. Ello se realiza así en los EE. UU, gracias a que la Corte Suprema es al mismo tiempo Juez de la supremacía constitucional y juez de mérito, y por tanto, parte del Poder Judicial, esto en cuanto, en un sistema de *Common law*, sus sentencias son fuente de derecho. Estas dos condiciones (de las que se obtiene un elevado grado de efectividad), son no obstante reproducibles también en sistemas de *civil law* y con una justicia constitucional concentrada.

Habíamos ya visto que en Alemania la Ley sobre el Tribunal Federal atribuye a dicho órgano amplios poderes de reintegración del derecho y otorga eficacia de ley a sus sentencias. También el Tribunal español tiene similares poderes sobre la ejecución de la sentencia. En el proceso de Amparo el art.

39. [377 U.S. 218 (1964)]. Se trataba de un caso en el que el obstruccionismo político se manifestaba a través de reducciones a los fondos para las instituciones de formación mixta públicas, a efectos de mantener activas sólo escuelas privadas segregadas.

40. [391 U.S. 430 (1968)].

41. «».

42. [402 U.S. 1 (1971)].

55 inciso c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que con la sentencia se pueda pronunciar por el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación», mientras para todos los tipos de procedimientos está en todo caso previsto en el art. 92 que «El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quien ha de ejecutarla y, en su caso, remover las incidencias de la ejecución».

Así en la sentencia N° 104/2004, el Tribunal reconoce que el Reglamento del plan pensionario de la Caja Insular de Ahorros de Canarias, lesiona el principio de igualdad y de este modo discrimina injustificadamente entre trabajadores a tiempo indeterminado y a tiempo determinado, y en consecuencia, no sólo reconoce el derecho y anula la sentencia de mérito, que con antelación lo había desconocido, sino que además fija también la concreta modalidad de actuación de la misma (punto 3 de la parte dispositiva de la sentencia⁴³).

Finalmente, el art. 38 reconoce que las sentencias del Tribunal «vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales», mientras la doctrina lo reconoce como fuente de derecho⁴⁴.

En Italia, el problema de la justiciabilidad del inciso Segundo del art. 3° de la Constitución está presente desde los primeros años de funcionamiento de la Corte⁴⁵. La sentencia 3/8 de junio de 1987, n. 215, se ocupa de una cuestión de discriminación en el ámbito del derecho a la educación y oportunidades formativas, la que se presta para ser equiparado al caso americano y bien puede ilustrar el criterio formal y típico de la Corte en contextos de valoración del principio de igualdad sustancial. Se trataba en este caso de una cuestión de legitimidad sobre algunas disposiciones de la ley 118/1971 a favor de discapacitados civiles, la misma que la Corte declara inconstitucionales en cuanto no aseguran a los mismos el derecho de asistir a las escuelas secundarias superiores. En particular se observa como la exclusión del portador de discapacidad a la oferta formativa regular, lo que «equivaldría a postular como dato insuperable una desigualdad de hecho respecto a la cual está en cambio obligado a prestar los instrumentos idóneos para removerla, entre los cuales el punto fundamental —por cuanto ya se ha dicho— es

43. En la sent. 50/2005 no obstante, el poder de actuación del Tribunal parece ir a contrario, en cuanto el mismo afirma que «para restablecer el derecho, resulta suficiente con anular la resolución recurrida y declarar la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social». El Tribunal por tanto, frecuentemente verifica que proveídos son necesarios y apropiados para el restablecimiento del derecho.

44. V. por todos J. Pérez Royo, *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 44-51 y ivi referencias a Aragón y Rubio Llorente.

45. Cfr. L. Paladini, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965.

el efectivo acceso de tales sujetos a la escuela». La Corte, mediante una sentencia sustitutiva, declara la disposición inconstitucional en la parte en la que prevé que «*Será facilitada*», sustituyéndola por la frase, «*Es asegurada*» la frecuencia a la escuela media superior. Reconociendo en consecuencia el derecho y su naturaleza de prestación por parte del Estado, el que está obligado a intervenir positivamente para acatar lo dispuesto en la Constitución. En este punto, no obstante, la Corte se detiene, reconociendo que «*corresponde obviamente al legislador la tarea – cuya importancia y urgencia es subrayada por las consideraciones desarrolladas precedentemente – de dictar en el ámbito de su propia discrecionalidad una completa normativa idónea para dar una solución orgánica a tal relevante problema humano y sustancial*». La pelota pasa entonces inevitablemente al legislador y a las administraciones competentes, sin que la Corte pueda controlar las concretas soluciones que estas últimas adoptaren.

En el más reciente caso sobre «*multitrattamento Di Bella*»⁴⁶ el límite de intervención de la Corte Constitucional es todavía más evidente. Esta reconoce, en efecto, ilegítima la disposición que prohíbe la inserción de fármacos para el tratamiento en el elenco de medicamentos innovativos y, por lo tanto, suministrables gratuitamente por el S.S.N. porque el goce del derecho a la salud terminaría por depender de forma discriminatoria, de las condiciones económicas de los pacientes. No obstante de constatar esto, no puede adoptar ninguna medida para socorrer de manera inmediata a quien viene siendo afectado por la disposición ilegítima, ni tampoco las jurisdicciones ordinarias pueden adoptar algún tipo de medidas sobre la base de una tal sentencia, que se limita necesariamente a solicitar la intervención del legislador⁴⁷.

No obstante esto, también en Italia, sobre todo en los últimos años, los más recientes estudios sobre la jurisprudencia constitucional⁴⁸, han puesto en evidencia una evolución de la misma en el sentido de una mayor atención a proponer soluciones para la inmediata tutela de los derechos en juego, a través de una variedad de técnicas decisorias, entre la que se pueden anotar las sen-

46. Sent. 20-26 maggio 1998, n. 185.

47. «El legislador está constitucionalmente capacitado para proveer, discrecionalmente, las intervenciones necesarias para garantizar que puedan usufructuar del «*multitrattamento Di Bella*» también los sujetos no admitidos en la experimentación y que no están en condiciones de afrontar los costos relativos por carecer de recursos económicos, conforme a los criterios que corresponden establecer exclusivamente al propio legislador de modo razonable. A efectos de reconducir la regulación legislativa de conformidad a la Constitución, tal intervención deberá darse con la mayor prontitud posible en razón de la particular urgencia».

48. V. R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1999-2001), Giappichelli, Torino, 2002, p. 107 ss. e Id., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2002-2004), Giappichelli, Torino, 2005, p. 117.

tencias de tipo aditivo, mediante las que vincula a las jurisdicciones ordinarias a dar actuación a los principios constitucionales individualizados por la Corte, en caso de que el legislador no intervenga⁴⁹. En estos casos se genera una línea de colaboración entre la Corte Constitucional y la magistratura ordinaria, similar al reparto de competencias que existe entre Corte de Casación y Juez de mérito, donde la Corte formula el principio de derecho, que no sólo viene luego concretamente aplicado en el proceso de reenvío, sino que todos los jueces están vinculados para actuar en casos futuros. De este modo la Corte acentúa su propio rol de juez «de los derechos», y no sólo «del derecho», y según mi punto de vista, se aproxima mucho al modelo americano analizado *supra*. Otra confirmación en este sentido, viene de aquellos pronunciamientos en los cuales la Corte Constitucional lleva a extremas consecuencias el principio de la interpretación conforme a la Constitución, por ella misma introducido⁵⁰. En el caso *de quo* de la sentencia 198/2003 en el tema de otorgamiento del permiso de permanencia en un lugar para menores extranjeros bajo tutela, el juez administrativo, tiene fuertes dudas sobre la constitucionalidad de la norma, por lo que había elevado una cuestión a la Corte, pues desde su punto de vista, la disposición en cuestión, no permitía una interpretación diversa de la que se podía deducir de su lectura textual. La Corte Constitucional, a su turno, declara que la disposición «puede ser – si no interpretada extensivamente de todos modos integrada en vía analógica», declarando por tanto infundada la cuestión deducida. Ahora, en el tema relacionado con la indemnización por maternidad, en el año 2000

49. Cfr. las decisiones 179 e 270/1999.

50. La interpretación conforme a la Constitución está considerada por la Corte como un requisito procesal de admisibilidad de la cuestión incidental. Conforme ha sido puesto de relieve por la doctrina, ello supone una transformación del sistema de control de constitucionalidad hacia el modelo de control difuso. (T. Groppi, *¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana*, en Cuad. Const. de la Catedra Fadrique Furió Ceriol, n. 38/39, 2002, p. 81 ss.; L. Azzena, *Valorizzazione degli elementi di «diffusione» del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti*, en E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (al cuidado de), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 383 ss.; contra, por ex., A. Anzon, *«Diffusione» del controllo di costituzionalità o «diffusione» del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?*, en E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (al cuidado de), op. cit., p. 379 ss.). Estimo que cuando el juez utiliza las potencialidades interpretativas de un texto, eligiendo entre todas, una interpretación conforme a la Constitución, con ello no se está haciendo referencia a un nuevo poder de los jueces comunes de controlar la constitucionalidad de las leyes, sino en todo caso, es el reconocimiento de la teoría constitucional de la *Drittwirkung* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales). La Corte en cambio va más allá, cuando requiere a los jueces la desaplicación de hecho de una ley, más allá de los límites interpretativos de la disposición, como hemos explicado en el texto.

el legislador había reformado la materia limitándolo a las trabajadoras subordinadas, fijando en 5 meses totales el periodo correspondiente a la indemnización, contados a partir de la fecha del parto. La modificación no obstante no había incorporado a las trabajadoras del campo. Pero siendo la discriminación evidentemente reconducible como una *imprevisión involuntaria* del legislador, el tenor literal de la norma no prestaba ninguna duda interpretativa. La Corte, en la sentencia 197/2002, estableció que la citada reforma «*obliga al intérprete a una opción hermenéutica conforme a la evolución del sistema normativo*» y que «*la aplicación de tales principios obliga por lo tanto a interpretar la denunciada norma en el sentido, conforme a la Constitución, que la indemnización corresponde, en cada caso, a la duración total de cinco meses*»⁵¹. Con esta sentencia la Corte, en los hechos, invoca a los jueces a inaplicar la ley inconstitucional, en los casos en los que la ilegitimidad, sea *ictu oculi* reconducible a una «imprevisión involuntaria» normativa de parte del legislador. De este modo la Corte «salta» uno de los pasajes en el normal procedimiento de adaptación del ordenamiento a la Constitución, acortando los tiempos para la actuación del derecho en el caso concreto. Sin embargo, donde el contraste entre ley y la Constitución es más difuso, los casos en los que la Corte Constitucional ha buscado de imponer esta «vía abreviada» también han suscitado tensiones entre Corte Constitucional y Corte de Casación que parecen en este punto calmados⁵².

IV

Llegado a este punto, podemos intentar extraer algunas reflexiones de síntesis. El centro de análisis utilizado en este ensayo para comprender la justicia constitucional ha estado focalizado en aquello de la concreta actuación de los derechos en vía directa a través de las sentencias de las Cortes. En todos los sistemas, el órgano competente para la tutela de la constitucionalidad de las leyes desarrolla además la función de garantía de los derechos. El grado de tutela directa e inmediata para el individuo puede no obstante variar desde una medida mínima, cuando la Corte se limita a garantizar que el ordenamiento jurídico (para los sistemas que conocen sólo el control de constitucionalidad sobre los actos normativos), o la actividad de los poderes públicos (para los sistemas que además del control sobre las leyes, cono-

51. [En el mismo sentido véase también la Sentencia 495/2002 relativa a la indemnización por maternidad de las trabajadoras autónomas.

52. [Se hace referencia a la Sentencia Cost. 243/2003 y aquellas que no son seguidas, sobre esto véase. S. Bagni, L. Pegoraro, *Le decisioni processuali sono fonti normative del processo costituzionale?*, en *El código procesal constitucional (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde)*, Editorial Grijley, Lima, 2006; R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2002-2004), cit., p. 119 ss

cen de recursos directos contra actos ejecutivos, jurisdiccionales, o incluso, de actos de particulares), no sean contrarios a los preceptos constitucionales, desarrollando en consecuencia, un control negativo, de tipo sancionatorio; hasta una medida máxima, cuando la Corte persigue el objetivo de vigilar las actuaciones concretas de parte del Estado en el marco constitucional y, por tanto, desarrolla una actividad en sentido positivo dictando los principios y ordenes de actuación directa de parte de los jueces en los casos pendientes y futuros, sin esperar la intervención del legislador. La diferencia no depende, desde mi punto de vista, del tipo de organización de las fuentes del ordenamiento (*civil law* o *common law*), sino más bien de la pertenencia o no de la Corte al Poder Judicial. Del análisis del comportamiento de los elementos que inciden en la tutela de los derechos pareciera en cambio importante la extensión de la eficacia vinculante de las sentencias constitucionales y el poder de la Corte sobre la ejecución de las mismas.

El caso italiano sería el único desde mi punto de vista, que formalmente debería ser puesto en la categoría de la tutela mínima (estando la vinculatoriedad de la sentencia limitada a la parte de aquellas de acogimiento y no estando prevista alguna norma sobre la ejecución de la misma), mientras de hecho sí está demostrado gracias a las «maniobras» jurisprudenciales, los niveles más altos de tutela de los derechos. También si la doctrina contextualiza la naturaleza de fuentes de los tipos de sentencias constitucionales, la Corte tiene en más ocasiones rebatido los principios que ella determina ingresan a pleno título entre las normas del ordenamiento, como ocurre en los Estados Unidos. Así en la sentencia 28/2004 y en la ord. 153/2004, se lee que «*por efecto de sentencias anteriores – y en particular de la 477/2002- resulta ya presente en el ordenamiento procesal civil, entre las normas generales sobre las notificaciones de los actos, el principio según el cual...*» (subrayado mío). La jurisprudencia constitucional por tanto, crea normas generales: el sistema italiano se desarrolla por vía hermenéutica en dirección no sólo del ordenamiento estadounidense, que ya presupone estos efectos, sino también de otros ordenamientos del *civil law*, en los cuales estas características si son adaptadas perfectamente a la forma de Estado y de gobierno en los que existen.

En fin, también en el viejo continente se asiste a la evolución de los modelos originarios de justicia constitucional. Mientras en Europa del Este y en América Latina, esto ocurre sobretudo a través de reformas constitucionales y legislativas y la hibridación del derecho autóctono, en los ordenamientos occidentales la circulación de los modelos es sobretudo jurisprudencial. Esto ha generado no sólo innegables desarrollos que en muchos casos transforman a los modelos originarios mismos, sino que convierte al propio tiempo a la ciencia comparatista en una herramienta ineludible para comprender los modelos ya no en su dimensión estática ni geográfica, sino en su dimensión dinámica que está siempre abierta al cambio y la innovación.