

Artículos

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES *

PAOLO RIDOLA **

SUMARIO:

1. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MODELO EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES
2. FACTORES DE TENSIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES
3. LAS ORIENTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA: LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO
4. LAS RELACIONES ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
5. COMPARACIÓN Y «DIÁLOGO» ENTRE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

1. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MODELO EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES

Los aspectos problemáticos de la relación entre la justicia constitucional en Italia y los Tribunales europeos no pueden ser abordados sólo con referencia al marco nacional, ya que los nexos (en parte todavía dudosos) de las relaciones entre la Corte Constitucional, el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se inscriben en un con-

* Traducido del italiano por Susana Ruíz Tarrías.

** Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de Roma «La Sapienza» (Italia).

Ponencia presentada al X Congresso Internacional de Direito Constitucional sobre Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, organizado por la Escola Brasileira de Estudos Constitucionais - EBEC, Natal (Brasil) el 27 de abril de 2012.

texto más amplio, que requiere una aproximación de tipo comparativo, en un escenario transnacional en el que se mueven una pluralidad de actores, en primer término, el conjunto de los Tribunales constitucionales, pero también los jueces nacionales. Este escenario ha presenciado momentos de conflicto pero también líneas de convergencia y, por lo demás, en su seno los Tribunales constitucionales y los Tribunales europeos han encontrado posiciones protagonistas en el proceso de constitucionalización de Europa. En realidad, si el proceso de integración europea ha sido también una ocasión (y un laboratorio) de reflexión de los institutos y de los conceptos fundamentales del Derecho público del Estado nación, no puede sorprender que los Tribunales hayan jugado en dicha reflexión un papel especialmente significativo, propiciando un conflicto que, aun desarrollándose en el ámbito jurisprudencial, se interna con profundidad en el «derecho vivido». De ahí la necesidad de evitar, también y especialmente respecto de este tema, el riesgo de las aproximaciones autorreferenciales.

En 1956, cuando la Corte constitucional italiana inició su actividad, los horizontes de los sistemas de justicia constitucional se encontraban todavía marcados por los límites de la estatalidad. Era difícil imaginar la progresiva afirmación de un «sistema europeo» de justicia constitucional, a través del cual hubiera sido llamada a coordinarse. Con las características absolutamente peculiares con las que se ha venido estructurando este sistema, dicha afirmación se habría percibido como un desafío insidioso para la supremacía de las jurisdicciones constitucionales nacionales. De hecho, de este sistema forma parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, con la entrada en vigor del Protocolo n. 11 en 1994 y, sobre todo, como consecuencia de la introducción del acceso directo, ha consolidado su configuración como instancia jurisdiccional «única» respecto de los derechos en el ámbito de la Convención, manifestando constantemente una fuerte tendencia a desarrollar un control jurisdiccional pleno del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Al mismo pertenece también el Tribunal de Justicia, configurado por los Tratados constitutivos de la Comunidad europea como suprema instancia de decisión sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE. Además, la afirmación del principio de primacía del Derecho comunitario y la jurisprudencia «creadora» sobre los derechos, han contribuido, sin duda, a definir de un modo más enérgico el papel del Tri-

bunal como «Tribunal constitucional» de la UE, más allá de su consideración como «suprema instancia» jurisdiccional en el ordenamiento comunitario. Del «sistema europeo» de justicia constitucional forman parte, en fin, los Tribunales constitucionales de los Estados miembros como garantes, a nivel estatal, de la idea de constitución como «superior paramount law». Y sin embargo, estos Tribunales «constitucionales» europeos son completamente diferentes entre ellos, por el ámbito en el que desarrollan sus funciones y por las modalidades y los efectos de sus pronunciamientos. Pero aun en el contexto de su diversidad, —éste es el aspecto central y de algún modo la paradoja—, «crean sistema» e, incluso, moviéndose sobre planos diferentes e «interfiriéndose», expresan una vocación autorreferencial que deriva de la exclusividad del parámetro de enjuiciamiento utilizado. Un sistema, pues, irreductible en su conjunto a una jerarquización, en tanto que de ninguno de estos Tribunales puede decirse que tenga «la última palabra» en una estructura de varios niveles, pero no ordenada en forma piramidal. Estoy convencido pues —anticipando así la conclusión—, de que una aproximación a la comprensión de este sistema multinivel que parta de la convicción de que se debe ir en busca de una «*Letztentscheidung*» estaría fuera de lugar. La peculiaridad —y al mismo tiempo las potencialidades y los perfiles problemáticos— de esta estructura, coinciden en el hecho de que estamos ante niveles coordinados, pero cada uno, inevitablemente, «parcial», de justicia constitucional. Niveles que, por lo demás, dialogan, interactúan y desarrollan, a través de sus jurisprudencias, interdependencias y procesos de recepción.

En un ensayo muy estimulante, que parte de premisas diferentes de aquellas que apenas he expuesto, Rubio Llorente ha mantenido que el «modelo europeo» de convergencia de jurisdicciones desarrollado en relación con la protección de los derechos fundamentales, se distancia sensiblemente del «modelo kelseniano» que se fundamenta, como es conocido, sobre la idea de que la jurisdicción constitucional no está integrada en la organización del poder judicial. Ciertamente, no sólo las condiciones a través de las cuales se ha impuesto la primacía del Derecho comunitario (en Italia a partir de la sentencia n. 170 de 1984), se han desviado del modelo kelseniano de la separación de la jurisdicción constitucional de la jurisdicción ordinaria. También, es preciso añadir, la propia formación de un sistema de jurisdic-

ción constitucional multinivel, que puede ser tal únicamente porque no está jerarquizado, se distancia todavía más del modelo kelseniano coherente con la estructura piramidal del ordenamiento, y que presuponía una disposición de las fuentes rígidamente jerarquizada. En el caso de que el modelo kelseniano hubiera sido trasladado fielmente al ámbito de las relaciones entre los Tribunales constitucionales y Tribunales europeos, observa Rubio Llorente, se hubiera debido estructurar no a través de un sistema de convergencia, como el que, de hecho, se ha construido, sino de separación entre jurisdicciones supranacionales para la protección de derechos humanos, jurisdicciones constitucionales para la tutela los derechos fundamentales, y jurisdicciones ordinarias para la protección de los derechos legales¹. En cualquier caso, aunque no esté convencido de que el modelo europeo de convergencia entre jurisdicciones suponga el riesgo de que la multiplicación de las jurisdicciones termine por debilitar la protección de los derechos, como también sugiere el autor, las «ironías de la historia» han prevalecido sobre las «argucias de la razón»². No obstante, no se puede rebatir que el sistema europeo de justicia constitucional tenga peculiaridades propias, y que ello deje entrever la posibilidad de una protección más amplia de los derechos pero, al mismo tiempo, también aspectos problemáticos.

Es interesante observar cómo los mismos Tribunales europeos se han «autocalificado» como Tribunales constitucionales, lo que, al menos desde el plano de la autorrepresentación, no carece de significado. Recuerdo que, en la primera sentencia *Loizidou* de 1995, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos calificó la Convención como «instrumento constitucional de un orden público europeo»³; y que, por otro lado, respecto al Tribunal de Justicia de la Comunidad europea, en el asunto 1/91, sobre el espacio económico europeo, precisó que el Tratado CEE, aun cuando tuviese la forma de un tratado internacional, podía ser considerado como «la carta constitu-

¹ Cfr. F. RUBIO LORENTE, «Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos», en *Rev. esp. der. const.*, 2003, 49 ss.

² Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, 63.

³ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23, de marzo de 1995, *Loizidou v. Turquía*.

cional de una comunidad de Derecho»⁴. Se ha ido conformando progresivamente, pues, una vocación de los dos Tribunales europeos como Tribunales «constitucionales», largamente cultivada y reforzada en el tiempo. De un lado, como consecuencia del perfeccionamiento de los mecanismos jurisdiccionales de la Convención de Estrasburgo en relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De otro, y por lo que respecta al Tribunal de Justicia, en el contexto de la constitucionalización del proceso de integración europea, que no ha sido obra exclusiva de las instancias jurisdiccionales, sino el resultado de la formación de un «espacio público europeo» del que, por lo demás, el Tribunal de Justicia ha sido parte, junto a los Tribunales constitucionales y los jueces de los Estados miembros. En este proceso de constitucionalización, el Tribunal de Justicia ha tenido una contribución decisiva. No es realmente difícil deducir, a partir de las ampliaciones del ordenamiento de la UE, una correlación entre el «proceso constituyente» europeo y la jurisprudencia creadora del Tribunal de Justicia, de tal modo que podría decirse, para retomar las impresiones de la obra de Bruce Ackerman que, gracias a la aportación de las jurisprudencias comunitarias y nacionales, se ha constituido precisamente un vínculo particularmente sólido entre «foundations, transformations e interpretations» de la «Constitución» europea⁵. Señalo a este propósito dos indicadores emblemáticos: En primer lugar, parecen interesantes las vías que han conducido a la afirmación de la primauté del Derecho comunitario, desarrollada por el Tribunal de Justicia a través de una lectura «fuerte», sobre todo, del art. 249 (ahora art.189) del TCE, según esquemas típicamente federales, apoyándose en una configuración unitaria, casi decididamente monista, del ordenamiento europeo, que presupone la idea de que tanto el Tratado como las constituciones de los Estados, constituyen constituciones parciales de una estructura multinivel, si no federal, sí prefederal. En segundo lugar, conviene recordar la contribución decisiva de la jurisprudencia a la aparición gradual de un sistema de derechos comunitarios fundado, de modo exclusivo, so-

⁴ Cfr. Tribunal de Justicia de la CE, Opinión 1/91, de 14 de diciembre de 1991 (creación del espacio económico europeo), punto 21 de la fundamentación.

⁵ La referencia del texto es a B. ACKERMAN, *We the people, I y II*, Cambridge/Mass. London 1991-1998.

bre las libertades económicas de los Tratados constitutivos de 1957, para alcanzar a construir, sobre bases normativas inicialmente bastante exiguas (el antiguo art. 215 TCE en relación a la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias), pero posteriormente más sólidas (el art. 6 del TUE después de las reformas de Maastricht), un catálogo amplio de derechos fundamentales del ordenamiento comunitario con vocación «generalista», si bien dirigido, y, por lo tanto, funcionalmente orientado, a la consecución de los objetivos fundamentales, todavía ampliamente economicistas, del Tratado. De ello se derivan dos consecuencias importantes para la relación con los Tribunales constitucionales, en cuanto que, de un lado, la afirmación de un estándar comunitario de protección de los derechos por parte del Tribunal de Justicia ha constituido una contrapartida decisiva y, en algún caso, una verdadera y auténtica arma utilizada en el conflicto con los Tribunales constitucionales italiano y alemán para mantener la primacía del Derecho comunitario. Por otro lado, principios generales del Derecho comunitario elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como el principio de la pluralidad y de apertura del acceso al mercado o, también, el principio de no discriminación, en cierto modo «neutralizados» respecto a su radicalización en la inspiración economicista de los tratados, han ejercido un fuerte impacto respecto del reconocimiento, mediante la actuación de los Tribunales constitucionales nacionales, de las «cláusulas de pluralismo» en el catálogo interno de los derechos fundamentales, con retrocesos significativos, por ejemplo, en el campo de la información, de los conflictos identitarios, y de la neutralidad ética.

Llegados a este punto, conviene preguntarse, por otro lado, si la «convergencia» de las jurisdicciones, que representa el rasgo peculiar del modelo europeo de jurisdicción constitucional, no responde a una necesidad estructural que impondría cánones de juicio y soluciones reconstructivas, sustancialmente inéditas respecto de la experiencia de una justicia constitucional encerrada dentro de la corteza de la estatalidad. Los Tribunales europeos han alterado, de hecho, una característica típica de la jurisdicción constitucional, al menos a la luz de las estructuras que ésta ha encontrado en el seno de la estatalidad. Respecto al nivel de los Estados, la justicia constitucional ha desarrollado una función «interactiva» entre el nivel constituyente y el legislativo, aunque en el marco de los bien definidos límites es-

tructurales que distinguen el papel respecto de uno y otro nivel. No obstante, este marco de límites estructurales parece ofrecer, tanto respecto del Tribunal de Justicia como en relación al Tribunal de Estrasburgo, un trazado menos seguro. Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia, ya que, en primer lugar, al menos hasta la inclusión de la Carta de Niza en el nivel «constitucional» de los tratados, ha continuado operando en el vacuum de un marco normativo de nivel constitucional de los «derechos comunitarios», carente de una verdadera y auténtica proclamación constitucional de los derechos vinculante para las instituciones de la Unión y, en primer lugar, para el poder legislativo «comunitario»; en segundo lugar, porque falta, en sentido propio, la interacción de la jurisdicción constitucional europea con un legislador democráticamente legitimado, llamado a desarrollar los derechos partiendo del marco constitucional⁶. Ello ha obligado, en definitiva, al Tribunal de Justicia, a recurrir a elementos externos al propio ordenamiento de referencia (las tradiciones constitucionales comunes, la Convención Europea de Derechos Humanos), para incorporar a través de ellos los derechos, pero al mismo tiempo, ha creado márgenes amplios con el fin de que el propio Tribunal fuera quien trazara las líneas fundamentales de la articulación entre los ordenamientos estatales y el ordenamiento europeo (efecto directo, primacía del Derecho comunitario). Así pues, la vocación «generalista» del Tribunal como juez constitucional de los derechos en el ordenamiento europeo, abundantemente documentada por la jurisprudencia en los últimos años, no encuentra, en definitiva, límites de tipo jerárquico sino funcionales, en tanto que el papel que éste desarrolla se mantiene en los límites de la aplicación del Derecho comunitario y de los conflictos que dicha aplicación pueda provocar. Estamos lejos, pues, como resulta fácil imaginar, del paradigma kelseniano. De hecho, a mi modo de ver, el intento más convincente de sistematizar el modelo europeo de justicia constitucional contraviene, precisamente, este paradigma y su estructura de robustas jerarquías normativas, presididas por la jurisdicción constitucional, a través de la idea de un sistema de «kooperative Rechtsentwicklung», en el

⁶ V., en este sentido, F. BALAGUER CALLEJÓN, «Niveles y técnicas internacionales e internas de la realización de los derechos en Europa», en *Rev. der. const. eur.*, 2004, 25 ss., y partic. 32.

que los Tribunales europeos, los Tribunales constitucionales y los jueces nacionales serían protagonistas activos: protagonistas activos en el espacio público europeo, participando en un proceso comunicativo, en un ámbito discursivo en el cual los jueces de un «tercer poder multinivel» participan junto a las partes, sus defensores, y las instituciones estatales y comunitarias que están legitimadas en los procedimientos jurisdiccionales⁷.

La fisonomía «constitucional» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene caracteres parcialmente diversos. En la base de la estructura «parcial» de la que éste se ha convertido en el eje existe, de hecho, un contexto normativo representado por la Convención, y esta estructura no contempla, por otro lado, un «desarrollo» de sus contenidos a través de procedimientos normativos o administrativos, en tanto que el sistema de protección de los derechos se limita a la definición de un estándar convencional, establecido a través de los pronunciamientos del Tribunal, que no ha sido rebasado por los Estados partes. Ello produce, en contraposición con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un mayor desinterés respecto del Tribunal de Estrasburgo, así como también una más acentuada independencia de los compromisos y de las orientaciones de las opiniones públicas nacionales. El Tribunal de Estrasburgo —según se ha descrito con una imagen sugestiva—, ofrece una «visión en negativo fotográfico» de las jurisdicciones constitucionales nacionales⁸, aunque desde un plano inevitablemente más abstracto, en tanto que la labor de corrección o de remoción de medidas estatales lesivas de los derechos, no puede realizarse más que en el interior del contexto ordinamental en el que la lesión se ha producido. Pero también en este caso, como en el del Tribunal de Justicia, la definición de los derechos proviene de la vía jurisprudencial y en ausencia de un legislador democrático llamado a «configurar» los derechos «a partir del» marco constitucional. De modo que si se parte de la premisa de que las normas constitucionales sólo son un punto de partida que necesita de la actuación de un legislador que desarrolle un proyecto de convivencia organizada, o

⁷ Véase, entre las múltiples contribuciones ofrecidas por la escuela de P. Häberle en esta materia, al menos, I. PERNICE, «Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsbund», en *EuR*, 1996, 27 ss.

⁸ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, 36.

un «diseño de integración» contenido en la constitución y, por tanto, dentro de un marco de límites supervisados por la jurisdicción, también en el caso del nivel «constitucional» de la CEDH se esboza una alteración del modelo de equilibrio y de interacción entre constitución, ley y jurisdicción.

2. FACTORES DE TENSIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO DE CONVERGENCIA DE LAS JURISDICCIONES

El cuadro que he trazado deja ya entrever elementos de tensión con las jurisdicciones constitucionales nacionales. Respecto del Tribunal de Estrasburgo, éstos derivan del carácter decididamente constitucional de su jurisprudencia, que ha afrontado todos los temas cruciales de la protección de los derechos, y está impregnada de un fuerte «pathos» constitucional⁹. Ciertamente, éste actúa sobre un terreno, el de la protección de los derechos humanos, que constituye «por excelencia» materia constitucional, logrando al mismo tiempo mantener las distancias de los ordenamientos nacionales y no conociendo, por lo demás, límites funcionales que, en cambio, delimitan y condicionan los horizontes del Tribunal de Justicia. Se olvida, en fin, que a pesar de una perspectiva de distancia respecto de los ordenamientos nacionales, o quizá precisamente por ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo no está condicionada por la distribución de poderes de los Estados y por las jerarquías normativas internas de éstos, y no se detiene, ni siquiera, ante la supremacía del nivel constitucional. De hecho, en tanto que la naturaleza del acto estatal que lesiona los derechos de la Convención es irrelevante para delimitar el juicio del Tribunal, éste puede cuestionar también normas de rango constitucional, así como, con mayor razón, las sentencias de los Tribunales constitucionales¹⁰. Los ejemplos al respecto no

⁹ Cfr. S.P. PANNUZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en S.P. Pannuzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 30 ss.

¹⁰ Véase la descripción ofrecida por V. ZAGREBELSKY, «Corte europea dei diritti dell'uomo e diritti nazionali», en S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la Luiss «G. Carli» de 2003 a 2005*, Padua, 2005, 709 ss.

faltan. Piénsese en la línea inaugurada por la sentencia *Cordova c. Italia* de 2003, que pone en cuestión el instituto de la inviolabilidad parlamentaria «tal y como» ha sido interpretada, en sede judicial, en el Estado parte, incluso por la jurisprudencia constitucional¹¹; la sentencia *Open door and Dublin Well Woman c. Irlanda* de 1992, que ha considerado subsistente la violación de la Convención en el caso de una imposición del Tribunal Supremo irlandés que se fundaba en la norma constitucional sobre la protección de la vida y la prohibición del aborto¹²; la sentencia *Ruiz Mateos c. España* de 1993, en relación con la vulneración del principio de igualdad de armas en el proceso, en el juicio seguido ante el Tribunal constitucional¹³; o incluso la sentencia *Partido comunista unificado de Turquía c. Turquía* de 2000, según la cual, ninguna jurisdicción de los Estados miembros se encuentra sustraída al imperio de la Convención¹⁴.

Consideraré ahora brevemente los aspectos problemáticos de la relación entre el Tribunal de Justicia de la UE y las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros. Ciertamente, la jurisprudencia de Luxemburgo parecería condicionada, de modo más marcado, por las preocupaciones relacionadas con la salvaguarda de las finalidades fundamentales de los tratados, las cuales, a pesar de las sucesivas reformas derivadas del Acta Unica de 1986, están todavía ampliamente influenciadas de la originaria inspiración funcionalista de la comunidad. Así pues, también la ampliación de los horizontes del Tribunal en materia de derechos fundamentales ha estado, desde el inicio, dirigida a evidenciar perfiles de tutela que, de un modo u otro, derivan de dichas finalidades. Me refiero, en particular, al principio de no discriminación o al principio de la pluralidad en el mercado, nacidos en el ámbito de las libertades económicas y funcionales respecto a la fina-

¹¹ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 enero de 2003, *Cordova c. Italia*, rec. 40877/98 y 45649/99.

¹² Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de julio de 1992, *Open door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, Serie A, n. 246-A.

¹³ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos c. España*, rec. 12952/87.

¹⁴ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de agosto de 2000, *Partido comunista unificado de Turquía c. Turquía*, rec. 35382/97.

alidad fundamental de asegurar un mercado abierto y en régimen de libre concurrencia, pero después trasladados a otros campos, como el de las discriminaciones por razón de género o el del pluralismo en la información; e, incluso, al sector del «desarrollo sostenible», por lo demás, riquísimo en consecuencias también inéditas; o, finalmente, a la heterogeneidad de los cánones de la competencia y la concurrencia, elaborados originariamente como pilares de las libertades económicas de los tratados, pero utilizados también para «neutralizar» cuestiones cargadas de difíciles condicionamientos éticos en los ordenamientos de los Estados, abriendo de este modo mayores espacios de libertad derivados de la proyección transnacional de los «derechos europeos». Esto ya bastaría para discutir la evidencia de que el tecnicismo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, implicaría una menor intensidad constitucional¹⁵. Añado que mientras la intensidad constitucional del Tribunal de Estrasburgo se limita a la fijación de estándar mínimos de tutela, la del Tribunal de Justicia puede revelarse más profunda, en tanto que el segundo está llamado por el art. 6 TUE a utilizar las tradiciones constitucionales comunes que incorpora junto a la Convención europea, a través de una operación interpretativa compleja, de comparación selectiva o valorativa («wertende Rechtsvergleichung»), con el objetivo de extrapolar de unas y otras sólo aquellos derechos que se encuadran en las finalidades fundamentales de los tratados. Se trata de una operación no desconocida por algunos Tribunales constitucionales europeos, quienes habitualmente ya argumentan en materia de derechos con referencia al «Wertordnung» del cual ellos son expresión, sobre la base de las orientaciones recurrentes trazadas por el «Bundesverfassungsgericht» alemán a partir del asunto Lüth-Urteil. Consiste —para subrayarlo más—, en una operación que penetra en profundidad, y que inserta al Tribunal de Justicia en un sistema «europeo» de justicia constitucional, en tanto que provoca procesos interactivos que implican a la interpretación constitucional. Restan, y no son silenciadas, zonas de penumbra. En particular, permanecen las dudas sobre una jurisprudencia que comparte con los Tribunales constitucionales nacionales el patrimonio de los procesos argumentativos que éstos han ensaya-

¹⁵ Véase en este sentido, la observación de S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, 32 ss.

do (las ponderaciones, el principio de proporcionalidad), pero lo utiliza para sopesar las libertades económicas con derechos de naturaleza no económica (derecho al honor, a contraer matrimonio, a la identidad sexual, libre manifestación del pensamiento, libertad de reunión)¹⁶, o estrechamente ligados a la intangibilidad de la dignidad de hombre, como en el caso de la sentencia Omega de 2004. Un pronunciamiento cuya importancia residiría en constituir una muestra del distanciamiento de la jurisprudencia comunitaria respecto de los condicionamientos economicistas de los derechos, no debería ser demasiado enfatizado, desde el momento en que la motivación de éste rechaza, en esencia, el argumento de que la «Menschenwürde», en tanto que pilar del sistema de los «Grundrechte», sea sometida a ponderaciones con otros derechos, configurando así la dignidad del hombre no como principio del ordenamiento comunitario, sino obteniéndola a partir de una comparación selectiva con la libertad de prestación de servicios¹⁷. Por lo demás, también la jurisprudencia comunitaria, aunque dada a argumentar a través de ponderaciones más que sobre la base de estándar de tutela, no por ello resulta desprovista de carácter constitucional, sino al contrario, realmente a través de esta estructura argumentativa, más dúctil y abierta a opiniones diversas, parece poseer una gran capacidad de impacto sobre la jurisprudencia de los Tribunales nacionales.

¹⁶ Véase, entre múltiples pronunciamientos, Tribunal de Justicia, 2 de agosto de 2003, C-112/00, Schmidberger (libre circulación de mercancías y bloqueo de la circulación por carretera como consecuencia de una manifestación); 10 de enero de 2004, C-101/01, Lindqvist (tutela del tratamiento de los datos personales y libre circulación de los mismos); 15 de noviembre de 2003, C-148/02, Garcia Avello (derecho al honor y prohibición de discriminación fundada en la nacionalidad); 21 de febrero de 2004, C-117/01, K.B. (derecho de la pareja transexual a la pensión, paridad de las retribuciones y prohibición de discriminaciones basadas en el sexo).

¹⁷ Cfr. Tribunal de Justicia Unión Europea, 14 de octubre 2004, C-36/02, Omega; ya con anterioridad, existía una referencia a que era competencia del Tribunal de Justicia verificar «la conformidad de los actos de las instituciones a los principios generales del derecho comunitario y velar por el respeto del derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona». Tribunal de Justicia Unión Europea, 9 de octubre de 2001, C-377/98, Biotechnologie.

Para completar el marco en el que se inscribe la experiencia de las relaciones entre la Corte constitucional italiana y los Tribunales europeos, no debe infravalorarse la variedad de los modelos de justicia constitucional difundidos en el área europea. Basta considerar que en el «sistema europeo» de justicia constitucional conviven Tribunales que siguen el modelo kelseniano, fundado sobre la separación de la jurisdicción constitucional del poder judicial (en Italia, en Alemania, en España, en Portugal, en Luxemburgo desde 1996 y, naturalmente, en Austria), Tribunales Supremos con funciones de jurisdicción constitucional (en Irlanda, en Dinamarca, en el Reino Unido), órganos de proveniencia judicial con funciones de control preventivo de constitucionalidad (en Finlandia y en Suecia), el modelo, absolutamente peculiar, del «Conseil constitutionnel» francés, y el belga de un Tribunal con funciones esenciales de arbitraje de competencias. Incluso, retomando la distinción, en este momento relevante, entre sistemas axiológicamente cerrados y abiertos, en el ámbito europeo se encuentran jurisdicciones constitucionales que se sitúan en estructuras constitucionales con un fundamento axiológico robusto (el «Wertordnung» a menudo mencionado por el «Bundesverfassungsgericht» alemán) y jurisdicciones constitucionales insertas en sistemas axiológicamente abiertos¹⁸. En resumen, el cuadro de las jurisdicciones constitucionales incluidas en el ámbito europeo se muestra todo menos homogéneo, aunque desde hace tiempo se vengán desarrollando en su interior procesos comunicativos que han afectado también a culturas jurídicas históricamente más resistentes a la idea de control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de las leyes, como demuestran la evolución del «Conseil» en Francia y, con otros perfiles, de la «House of Lords» en el Reino Unido. Esta referencia a las profundas divergencias constatables entre las experiencias de justicia constitucional en Europa, es una observación banal, pero con implicaciones significativas, porque es también gracias a esta diversidad de experiencias, como los dos Tribunales europeos han podido hacer mella, conquistar espacios y colocar-

¹⁸ La distinción entre sistemas axiológicamente cerrados y abiertos proviene de J. ESSER, voz «Rechtswissenschaft», en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, VIII, Göttingen 1974, 774 ss.

se, a título propio, en el sistema europeo de justicia constitucional. Esta afirmación sirve para el Tribunal de Estrasburgo, por la capacidad de penetración de una jurisprudencia que se mantiene sobre un plano argumentativo más alejado y más abstracto, con una perspectiva de distancia de los ordenamientos nacionales, calculada a partir de los estándares mínimos de tutela, pero que es capaz de superar horizontalmente la diversidad de las jurisdicciones constitucionales nacionales, así como de poder adaptarse de modo flexible a la apertura o, por el contrario, a la cohesión axiológica de las constituciones de los Estados. También sirve, y de manera más evidente, para el Tribunal de Justicia. No existe duda de que para la plena ubicación de éste en el sistema europeo de justicia constitucional, ha sido esencial la extensión de la cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE (antes art. 234 TCE) a todas las jurisdicciones nacionales, incluidas aquellas constitucionales, y que este instituto puede jugar el papel decisivo de aglutinador de un sistema europeo de justicia constitucional. Son evidentes las resistencias a la cuestión prejudicial de algunos de los Tribunales europeos, como el Tribunal constitucional español¹⁹, el «Bundesverfassungsgericht» alemán y la «Corte» italiana²⁰. Y por lo que se refiere a ésta última en particular, la orientación adoptada sobre la cuestión prejudicial parece reflejar una sustancial adhesión al modelo kelseniano de una justicia constitucional «separada» de la jurisdicción. Una valoración que no me parece desmentida por alguna aparente apertura, como cuando la Corte ha planteado recientemente una cuestión prejudicial en el curso de un proceso en vía principal, con motivaciones que rebaten, en sustancia, la exclusión de la cuestión prejudicial misma cuando el juicio de legitimidad constitucional esté relacionado, como en el caso del juicio incidental, con aspectos exclusivamente procesales²¹. De todos modos, no hay duda de que, precisamente gracias a la heterogeneidad de las jurisdicciones constitucionales nacionales, la cuestión

¹⁹ Cfr. STC 111, 180 y 372/1993. Sobre esta jurisprudencia *vid.* P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del derecho comunitario», en *Rev. esp. der. const.*, 2004, 315 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost. nn. 536 de 1995; 319 de 1996.

²¹ Cfr. Corte cost. n. 103 de 2008.

prejudicial ha podido abrir fisuras en algunas de ellas: en Tribunales no reconducibles al «modelo kelseniano», como la «House of Lords» desde 1979, la «Cour d'arbitrage» desde 1997, la Supreme Court irlandesa desde 1983, e igual en Grecia y Dinamarca, pero también en Tribunales fieles a aquel modelo, como el Tribunal austríaco desde 1999, y por último el luxemburgués. Tampoco faltan, en la jurisprudencia de los Tribunales que rechazan con prudencia el reenvío y las aperturas aisladas²². Emerge, en conclusión, un cuadro que ofrece al comparatista confirmaciones de la fisonomía de los modelos, pero también indicadores significativos de procesos de intercambio y de comunicación entre los mismos que el circuito jurisdiccional, constituido de modo más amplio gracias a los dos Tribunales europeos, sin duda ha favorecido.

3. LAS ORIENTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA: LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Si a la luz de esta compleja descripción de la relación con los Tribunales europeos y de la formación de un sistema europeo de justicia constitucional, se pasa a considerar el papel que en ella ha jugado la Corte italiana, se delinea, en sus rasgos esenciales, un cuadro rico en luces y sombras.

Por lo que se refiere a las relaciones con el Tribunal de Justicia, se comprueba que la Corte constitucional ha logrado gestionar el conflicto abierto con la controversia Costa-Enel, de un modo más dúctil de lo que ha sido capaz de hacer, paralelamente, el «Bundesverfassungsgericht» alemán, y que el itinerario jurisprudencial de aquélla ha estado marcado también por importantes aperturas al proceso de integración europea. Señalo en primer término la lectura «eurofriendly» de la cláusula relativa a las limitaciones de la soberanía contenida en el art. 11 Cost., interpretada por la Corte, como

²² Cfr. Respecto a Alemania, BVerfGE 37, 271, Solange I; BVerfGE 52, 187, Vielleicht. Respecto a Italia, Corte cost. nn. 168 de 1991; 28 de 2010.

es conocido, para justificar los vínculos derivados de los tratados constitutivos. Es una observación recurrente que, con el avance del proceso de integración europea, el art. 11 resulta cada vez más inadecuado, por su formulación muy genérica y en la que no se prevén cesiones de soberanía a las Comunidades primero, y a la Unión Europea después. Y ha sido manifestada por muchos la necesidad de incluir en la Constitución un «artículo europeo», como ha sucedido en Alemania con el art. 23 «neue Fassung» GG o en Austria con la revisión del art. 23 de las letras a) a la f) de la Constitución federal, con el fin de concretar el marco constitucional en el que se inscribe la participación de Italia en la UE, incluso hasta llegar a formular la propuesta de indicación textual de los principios irrenunciables en el proceso de integración. Y añado que la inadecuación de la jurisprudencia sobre los «contralímites», sobre la cual me detendré más adelante, deriva también, en cierto modo, de la configuración demasiado genérica del marco constitucional de referencia. Y sin embargo, no se puede olvidar que, aún moviéndose sobre bases textuales tan genéricas, la Corte ha potenciado todas las virtualidades posibles dirigidas a la integración entre ordenamientos.

En segundo lugar, señalo la adhesión de la Corte al reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario y del principio del efecto directo. Una adhesión atormentada, a través de un recorrido marcado por el conflicto con el Tribunal de Justicia, un conflicto paralelo a aquel que se desarrollaba, alrededor de los mismos años, entre éste y el «Bundesverfassungsgericht» alemán sobre la cuestión decisiva de si en el ordenamiento comunitario estaba asegurado un estándar de protección de los «Grundrechte» similar, en su «Wesensgehalt», a aquel de la Ley Fundamental, estándar requerido, por lo demás, por el Tribunal alemán como condición irrenunciable para admitir el principio de primacía del Derecho comunitario directamente aplicable²³. El recorrido de la jurisprudencia constitucional italiana se ha desarrollado, como es conocido, mediante aproximaciones graduales: de la inicial reconducción de la contradicción entre la fuente comunitaria y la ley interna, al criterio de la sucesión de las leyes en el tiempo²⁴; al reconoci-

²³ Véase el giro fundamental marcado por el BVerfGE 73, 339, Solange II.

²⁴ Cfr. Corte cost. n. 14 de 1964.

miento de la primacía del Derecho comunitario directamente aplicable condicionado a concretarse, por lo demás, a través de la mediación necesaria del juicio de legitimidad constitucional de la ley interna²⁵; a la adhesión a las orientaciones del Tribunal de Justicia, con el reconocimiento de que la eficacia directa debe operar a través de la no aplicación de la ley interna por parte del juez nacional²⁶. De la sentencia n. 170 de 1984 se ha subrayado, acertadamente, una apertura decidida a la integración entre los ordenamientos: según el criterio de prevalencia, si el precedente del 73 había señalado el giro hacia el camino comunitario de la Corte²⁷, la sentencia n. 170 supondría el punto de llegada. Es difícil negar, en efecto, sobre todo a la luz de la jurisprudencia posterior, que la solución anticipada por el pronunciamiento de 1984 como acto conclusivo y extendido, a través de los reglamentos, a todos los actos comunitarios directamente aplicables²⁸, que la Corte haya abierto el camino, no sólo a una operatividad más amplia y penetrante del Derecho comunitario, sino también a alteraciones llamativas de los principios del sistema interno de las fuentes y de la posición de la ley, lo que habría implicado, entre otras cosas, la consecuencia, particularmente problemática, de una reformulación muy restrictiva del instituto de la reserva de ley²⁹.

Considero, sin embargo, que el juicio sobre esta jurisprudencia resulta cuestionable. En primer lugar porque la conclusión de una completa abdicación de la Corte a la gestión de la relación entre los ordenamientos, en favor del «continuum» juez comunitario-jueces nacionales, ha sido parcialmente redimensionada por la jurisprudencia posterior, que ha recuperado espacios en absoluto inconsistentes respecto del juicio de constitucionalidad: cuando, en el juicio principal, la verificación de la contradicción con el Derecho comunitario también directamente aplicable, sea sólo funcional

²⁵ Cfr. Corte cost. n. 183 de 1973,

²⁶ Cfr. Corte cost. n. 170 de 1984.

²⁷ Según la afortunada expresión de P. BARILE, «Il cammino comunitario della Corte», en *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.

²⁸ Cfr. Corte cost. nn. 113 de 1985; 168 de 1991; 384 de 1994; 94 de 1995.

²⁹ Emblemática en tal dirección es la sentencia sobre el «numerus clausus» en la universidad: Cfr. Corte cost. n. 383 de 1998.

respecto del restablecimiento de un orden constitucional de competencias vulnerado³⁰; o cuando, en la jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 2001, ha sido reconocido que «las directivas comunitarias representan normas interpuestas aptas para integrar el parámetro para la valoración de conformidad» de la normativa regional al I co. del nuevo art. 117³¹. Además —y me parece que éste resulta uno de los perfiles más problemáticos del camino comunitario de la Corte—, la orientación inaugurada por la sentencia n. 170 se presta quizá, también, a una lectura en clave menos «eurofriendly» de aquella que ha sido descrita. Se puede observar, de hecho, que el mecanismo de la no aplicación de la ley interna por parte de los jueces nacionales no ha tenido sólo el efecto de excluir a la Corte de la integración entre ordenamientos, sino que, sobre todo, ha perseguido el objetivo de preconstituir una sólida base con el fin de sustraerse al verdadero escollo de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En resumen, el argumento kelseniano de la no equiparación a una jurisdicción nacional es utilizado por la Corte no tanto como una cesión a los argumentos del Tribunal de Justicia, sino, especialmente, con la finalidad de excluir a la Corte constitucional del circuito entre juez comunitario y jueces nacionales, respecto del cual el instituto de la cuestión prejudicial constituye el eje. Es un camino por el que se dirige la Corte, que no me convence. Porque considero que no sólo el papel de los Tribunales constitucionales, sino el propio futuro de las constituciones, son hoy inseparables de la conciencia de las interdependencias que evidencia la realidad del Estado constitucional, y que, permaneciendo fuera del circuito entre jurisdicción comunitaria y jurisdicciones nacionales, los Tribunales constitucionales quizá se posicionen en defensa de la normatividad de las constituciones, pero aíslen a las constituciones de contextos multinivel que condicionan su efectividad. Rechazando la cuestión prejudicial, la Corte «juega a la defensiva». Pero si ella, con el transcurso del tiempo, actúa menos como juez de los derechos y más como juez de las competencias, ello se debe también al hecho de no

³⁰ Cfr. Corte cost. nn. 384 de 1994; 94 de 1995.

³¹ Cfr. Corte cost. nn. 129 de 2006; 406 de 2005; 7, 3, 166 de 2004.

haber querido extraer las consecuencias necesarias de la participación en los circuitos comunicativos con los Tribunales europeos.

En este marco se inscribe también, a mi juicio, el criterio sobre la doctrina de los «contralímites», que la Corte ha utilizado desde 1973 como último obstáculo del proceso de integración, pero que parece no haber elaborado completamente. No sólo por las incertidumbres que todavía permanecen, después de la sentencia n. 232 de 1989, acerca de las modalidades procesales a través de las cuales los contralímites devendrían concretamente operativos. Sino, sobre todo, porque la doctrina de los contralímites no ha sido adecuadamente sistematizada. También en este ámbito, el paralelismo con la experiencia alemana ofrece el punto de partida para cualquier observación relevante. El «Bundesverfassungsgericht», aún antes de la «neue Fassung» del art. 23 GG, ha determinado los criterios constitucionales del proceso de integración sobre diferentes planos. En primer lugar, desde las sentencias «Solange» en los años 70 y 80, al «Bananenmarktbeschluß» de 2000, sobre el ámbito crucial del estándar de protección de los «Grundrechte»: guiada por su consolidada jurisprudencia sobre la Wesensgehaltgarantie del art. 19 GG, la atención del Tribunal alemán se ha focalizado en la valoración de si el ordenamiento comunitario ha descendido por debajo del nivel de protección considerado como irrenunciable por la GG. Un segundo plano es aquel de los criterios establecidos, a partir de «Maastricht Urteil» en 1993, sobre el ámbito de las competencias, disponiendo una reserva de control constitucional sobre el ejercicio de las competencias comunitarias, con el objetivo de verificar si resultan «ultra vires» y sobrepasan los confines de las cesiones de soberanía y, en particular, suponen una lesión del principio parlamentario y de la «Eigenstaatlichkeit» de los Länder³². Este «leit motiv» se ha mantenido también en la sentencia sobre la orden de detención europea, donde el «Bundesverfassungsgericht» pone el acento en la garantía de un umbral intangible de la «estatalidad», entendida como condición basilar e irrenunciable de integración de la comunidad política³³. No olvido que el paralelismo con la experiencia alemana debe

³² Cfr. BVerfGE, 89, 155, Maastricht.

³³ Cfr. BVerfGE, 113, 273, Europäischer Haftbefehl.

ser tratado con cautela, porque ésta se ha desarrollado sobre una construcción axiológica muy fuerte, como es la de la «Grundgesetz» de 1949, que no ha dejado de inspirar también una fuerte ambición expansiva en los conflictos con los principios «constitucionales» del ordenamiento europeo. Ni tampoco olvido que en la jurisprudencia constitucional alemana —así como, por lo demás, en la imponente elaboración teórica que se ha desarrollado en torno a ella—, a la sobrevaloración de la fuerte carga pedagógica de la tradición constitucional alemana, se ha añadido, frecuentemente, la infravaloración de la variedad de inspiraciones y de contribuciones nacionales que han confluído en el patrimonio constitucional «gemeineuropäisch». E, incluso, conviene reconocer al «Bundesverfassungsgericht», así como a las poderosas elaboraciones doctrinales desarrolladas tras la reforma de Maastricht, un esfuerzo de sistematización de los «principios» de la integración comunitaria, que ha sido guiado con mucha insistencia en la línea de la cooperación entre los Tribunales europeos³⁴. Resulta distinta, sin embargo, la valoración de la experiencia italiana, donde la doctrina de los contralímites ha constituido un factor relevante de aislamiento y de rigidez en la posición de la Corte constitucional en el circuito argumentativo de los Tribunales europeos. Resulta, por lo tanto, un cuadro problemático y, en gran medida, decepcionante, en tanto que la carencia de sistematización de la doctrina de los contralímites en el marco de una aproximación cooperativa con la jurisprudencia de otros Tribunales europeos, unida al rechazo de servir de la cuestión prejudicial ex art. 234 TCE, ha acentuado mucho el riesgo de un aislamiento autorreferencial de la Corte Constitucional respecto de un circuito comunicativo.

³⁴ El tema de la «cooperación entre los Tribunales» como vía para construir orientaciones «abiertas al derecho de la UE/*europarechtsfreundlich*» es recurrente en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, y desarrolla un papel concurrente con aquel, marcado, sobre todo, desde las sentencias *Maastricht* de 1993 y *Lissabon* de 2009, donde ha individualizado en la Ley Fundamental límites rigurosos a la ampliación de las competencias de las instituciones comunitarias: *vid.* la reciente decisión *Mangold* de 6 de julio de 2010 (BVerfGE, 2 BvR 2661/06), que contiene algunas significativas matizaciones respecto a *Lissabon Urteil*.

Es preciso añadir que la línea de división entre cuestión de compatibilidad entre norma interna y Derecho comunitario y cuestión de constitucionalidad no se ha perfilado siempre en términos tan ciertos y puntuales que no dejen márgenes a la apertura a la cuestión prejudicial. Esto puede observarse, en particular, en el caso de la contradicción entre la ley nacional y los «principios» del Derecho comunitario, y, por lo tanto, en el caso en que la norma interna contravenga el ordenamiento comunitario pero no el derecho directamente aplicable. También la solución adoptada por la Corte ante esta situación, restituyendo los actos al juez «a quo», con el fin de que sea éste quien formule la cuestión prejudicial y solicite al Tribunal europeo «una interpretación cierta y fiable» del Derecho comunitario³⁵, no se distancia en definitiva de las opciones de fondo de la sentencia n. 170, ya que la interpretación se mantiene en el Tribunal de Justicia que, como consecuencia de la eficacia directa reconocida a sus pronunciamientos, volvería de todos modos a imponerse como derecho inmediatamente aplicable, cerrando así el círculo. Se puede observar, por lo demás, que, también como consecuencia de la evolución de los principios del ordenamiento comunitario y de la referencia del art. 6 TUE a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, el impacto de tales principios no permanece necesariamente circunscrito al plano de la interpretación de la ley interna, sino que el entendimiento del parámetro constitucional resulta mucho más imbricado con la interpretación de aquéllas.

Alguna breve consideración merecen todavía las orientaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la completa reconstrucción de la relación entre ordenamiento interno y Derecho comunitario. Bien mirado, el rechazo a servirse del instituto de la cuestión prejudicial es coherente con la reconstrucción de tales relaciones según el esquema del dualismo entre ordenamientos distintos y autónomos, aunque coordinados, que la jurisprudencia propone a partir de la sentencia n. 183 de 1973. Sin embargo, si se considera el «itinerario europeo» de la Corte en una perspectiva más amplia, la construcción dualista ha sido después muy problematizada por sus implicaciones. En el «discurso» comunitario de la Corte, la construcción

³⁵ Cfr. Corte cost. nn. 536 de 1995; 319 de 1996; 108 y 109 de 1998.

dualista continúa siendo realmente central, como premisa teórica necesaria para reconducir la relación entre la jurisdicción comunitaria y la Corte constitucional al esquema kelseniano de la separación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. No obstante, la premisa del dualismo entre los ordenamientos ha sido posteriormente redimensionada, al menos, en dos aspectos. El primero se refiere al giro de la sentencia n. 170, que ha establecido las bases de un circuito de continuidad entre ordenamientos, en el ámbito del cual, al comunitario le viene a ser reconocida no solo la tarea de prescribir cuál sea el derecho que prevalece, sino también los mecanismos procesales idóneos para hacer operativa esta prevalencia y, por lo que respecta a los jueces nacionales, éstos resultan no sólo el instrumento procesal de un vínculo directo con la jurisdicción comunitaria, sino los auténticos y propios «jueces europeos». No sé si se podría sostener que la sentencia n. 170 marca el repliegue de la Corte hacia una especie de ineludible monismo, pero ciertamente es difícil no compartir la conclusión de que, después de este pronunciamiento, el tradicional argumento del dualismo entre los ordenamientos si no ha resultado completamente inutilizable, ha sido, por lo menos, sometido a tensiones muy marcadas³⁶. El segundo aspecto me parece todavía más significativo. Si se considera la jurisprudencia posterior a la sentencia de 1984, es difícil sustraerse a la impresión de que la Corte no sólo ha «dialogado» con el Tribunal de Justicia, sino que, sobre todo, se ha servido a menudo, en la interpretación del parámetro constitucional interno, de las indicaciones provenientes de las reformas de los tratados y del «sistema» del Derecho constitucional común europeo representado por el art. 6 TUE. Esto conduce a concluir que, detrás de la fachada del dualismo de los ordenamientos, se ha abierto camino intensamente un «monismo interpretativo», cuando la Corte tiende a releer y reinterpretar el parámetro constitucional a la luz de los principios fundamentales del ordenamiento comunitario. Me limito a mencionar, sólo para mostrar algunos ejemplos, la jurisprudencia sobre el pluralismo en la información, donde,

³⁶ En este sentido *vid.* la argumentación más recurrente manifestada por la jurisprudencia de 1984 en F. SORRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», in *Riv. it. dir. comunit.*, 2005, 88 ss.

frecuentemente, ha utilizado el canon comunitario del «mercado abierto en régimen de libre concurrencia» para la interpretación del art. 21 Cost.³⁷, o la sentencia n. 443 de 1997, en relación con la discriminación inversa en perjuicio de los productores nacionales de pasta, en la que la Corte ha logrado declarar la inconstitucionalidad de la ley interna sobre la base de una nueva lectura del art. 41 Cost. «orientada» desde los principios del ordenamiento comunitario; o, en fin, la sentencia n. 129 de 2006, según la cual, la aplicación de directivas comunitarias «de tutela de la transparencia y de la concurrencia» en materia de contratos públicos, tal y como interpreta el Tribunal de Justicia, es configurada como un instrumento para asegurar, gracias a la cobertura de los arts. 11 y 117 I co. Cost., «el respeto de los derechos y de los principios fundamentales garantizados por la Constitución italiana». Estoy convencido de que, en este ámbito, se aprecian las más significativas y audaces aperturas comunitarias de la Corte italiana.

4. LAS RELACIONES ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Paso ahora a considerar las relaciones con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque sobre este tema me parece posible manifestar que la afirmación, desde hace tiempo confirmada por la jurisprudencia, salvo alguna matización aislada³⁸, según la cual las normas de la CEDH tienen en el ordenamiento interno el rango de la ley (ordinaria) que la ha ejecutado³⁹, expresa menos de lo que, posteriormente, se ha concretado en la amplia experiencia jurisdiccional, sobre la cual ha pesado, de modo decisivo a partir de las sentencias n. 348 y n. 349 de 2007, la nueva formulación del I co. del art. 117 Cost., que ha permitido elevar a la Convención, como ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

³⁷ Cfr. Corte cost. nn. 826 de 1988; 420 de 1994; 466 de 2002.

³⁸ Cfr. Corte cost. n. 10 de 1993.

³⁹ Cfr. Corte cost. nn. 188 de 1980; 32 de 1960; 177 de 1981; 15 de 1982; 153 de 1987; 323 de 1989; 315 de 1990; 469 de 1981; 75 y 143 de 1993; 32 de 1999.

al rango de norma interpuesta en el juicio de constitucionalidad de la ley interna que entra en contradicción con ella. Suscita perplejidad, en este esforzado itinerario jurisprudencial, la infravaloración de otros parámetros que la Corte habría podido invocar a fin de construir la cobertura constitucional de la Convención sobre bases sustanciales, antes que sobre premisas de jerarquía formal entre las fuentes: me refiero al contenido del art. 2 Cost., en este caso entendido como cláusula de apertura a la incorporación de los derechos reconocidos por los tratados internacionales o regionales, al art. 10 I co. Cost., donde se reconoce que la protección de los derechos humanos constituye un patrimonio generalmente reconocido en la comunidad internacional, o, por último, al art. 11 Const., interpretado en el sentido de que los principios pacifista e internacionalista operan también como principios de apertura a la protección supranacional de los derechos humanos. Por otra parte, con anterioridad al giro de 2007, no ha sido infrecuente encontrarse, en la jurisprudencia de la Corte, con la afirmación de que el estándar de protección de los derechos establecido por la Constitución es, al menos, igual al establecido por la CEDH⁴⁰. A partir de los años 80, la jurisprudencia constitucional sobre las relaciones con la CEDH, todavía parece orientarse con mayor frecuencia hacia una línea de convergencia, al menos en el sentido de que a la Convención se le debe reconocer un valor interpretativo, un papel de auxilio interpretativo según la fórmula elaborada por el «Bundesverfassungsgericht», con el fin de reforzar y extender el significado de la garantía constitucional⁴¹. Una línea que, a falta de una cláusula constitucional que imponga —como en el art. 10 II co. Const. española—, la vinculación de la interpretación conforme a la Convención, está fundada, evidentemente, en la referencia a las orientaciones ya declaradas por la jurisprudencia de Estrasburgo. El diálogo entre los Tribunales pare-

⁴⁰ Cfr. Corte cost. nn. 120 de 1967; 168 de 1994; 1 de 1961; 91 de 1986; 124 de 1972; 376 de 2000. *Vid.* también, para una afirmación significativa de que una garantía de la Convención no encuentra un eco adecuado en la Constitución, Corte. cost. nn. 202 de 1985, en relación con la duración de los procesos.

⁴¹ Cfr. Corte cost. nn. 73 de 1983; 137 de 1984; 41 de 1985; 102 y 212 de 1986; 345 de 1987; 103 de 1989; 69 y 202 de 1991.

ce, nuevamente, por lo tanto, una suma eficaz y sugestiva para construir un «bloque interpretativo» unitario en el ámbito de la protección de los derechos. Desde esta perspectiva, merecen ser señalados algunos desarrollos de la jurisprudencia constitucional que parecen orientados hacia el reconocimiento de un valor constitucional «material» a las normas de la Convención, y hacia la necesaria integración entre Constitución y Convención, a través de la interpretación y del contraste entre las interpretaciones⁴². Un bloque interpretativo unitario, pues, que supera el ineludible obstáculo del valor formal no constitucional de la Convención, y que se apoya, sin embargo, en la integración y la complementariedad recíproca a través de la interpretación.

Después del turning point de las sentencias «gemelas» de 2007, la jurisprudencia constitucional parece todavía oscilar, con algunas incertidumbres, entre el firme reclamo de criterios de jerarquía formal y prudentes aperturas a la integración material entre los ordenamientos. Hacia esta segunda dirección parecen inclinarse dos decisiones de 2009. En primer lugar, la Corte ha precisado, en la sentencia n. 311, que el control de constitucionalidad de la ley nacional por contradicción con el parámetro de constitucionalidad interpuesto, viene a configurarse como la última, y sólo eventual opción, al final de un circuito hermenéutico articulado que tiene como protagonistas al juez «a quo», llamado valorar en primer término si la contradicción no puede ser resuelta por vía interpretativa, y a la propia Corte constitucional, investida de una función «bifronte», en la vertiente de la apreciación de la irresolubilidad del conflicto por vía interpretativa, y en relación con la valoración de la contradicción igualmente irresoluble de la norma convencional con la Constitución, lo que convertiría a la primera en inapropiada para funcionar como parámetro interpuesto. Con la sentencia n. 317, casi subsiguiente, las aperturas esbozadas parecen perfilarse más claramente, porque la misma referencia al parámetro del art. 117 I co. Cost., viene insertada en una perspectiva de integración material entre ordenamientos en una estructura multinivel. Partiendo de la premisa de que la Convención y las constituciones nacionales dan vida a una «compenetra-

⁴² Cfr. Corte cost. nn. 399 de 1988 (proceso penal en rebeldía); 342 de 1999 (participación a distancia del imputado en la discusión a través de instrumentos audiovisuales).

ción» de tutelas de los derechos fundamentales, la Corte asigna a la nueva formulación del art. 117 I co., no sólo la función de presidir la supraordenación formal del nivel constitucional, sino también la de mantener a nivel constitucional un «resultado de integración», precisamente en el sentido de que el respeto de las obligaciones derivadas de la Convención se revela como «un instrumento eficaz de ampliación de la tutela» ofrecido por una estructura multinivel. Lo esencial, en definitiva, es que las interrelaciones entre los diferentes niveles sean el producto de una «combinación virtuosa», en tanto que orientada a la máxima ampliación de la tutela, a través de la obligación del legislador nacional de adecuarse al derecho convencional, la obligación del juez ordinario de interpretar el derecho interno de conformidad con los principios de la Convención, y la labor de la Corte de situarse como baluarte extremo cuando «se haya constatado un déficit de tutela respecto a un derecho fundamental». Al compararla con la jurisprudencia de 2007, en esta sentencia parece acogerse una conciencia más profunda de las dinámicas de un sistema multinivel, no sólo porque se reserva a la Corte un papel exclusivamente «subsidiario» en el circuito de la tutela de los derechos fundamentales sino, sobre todo, porque este papel deriva de las virtualidades esbozadas por el art. 117 I co., en tanto que dicha norma abriría el camino a un proceso de «continua y dinámica integración del parámetro».

Por otro lado, a pesar de estas aperturas en el frente de las dinámicas interpretativas de la relación entre Convención y Constitución, la Corte ha vuelto a trazar recientes límites constitucionales rigurosos respecto de la operatividad de un sistema multinivel, en el que interactúan una pluralidad de fuentes de tutela (Convención, Carta de Niza, Constitución). La primera cuestión se ha referido a las posibles modulaciones del tratado de Lisboa en relación con la posición de la Convención en el sistema de fuentes. Con la sentencia n. 80 de 2011, la Corte, rechazando la consideración de que la Convención, por la vía del art. 6 TUE, se habría convertido en parte integrante del derecho de la Unión, con la consecuencia de que los jueces ordinarios estarían habilitados para no aplicar las normas internas incompatibles con la Convención sin obligación de activar el control de constitucionalidad, rebate la tesis, ya vislumbrada en las sentencias de 2007, de la no identificación y de la no compenetración entre los vínculos provenientes del derecho de la Unión y aquellos derivados de la Convención. Para alcanzar esta

conclusión, la Corte ha utilizado, básicamente, dos argumentos: el primero, resultante de la lectura del art. 6 del TUE, en virtud del cual, en relación con la individualización de cuáles sean las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la tutela de los derechos fundamentales de la Unión resultaría anclada en los principios generales del Derecho comunitario, y la CEDH desarrollaría un papel «instrumental», es decir, interno a las dinámicas interpretativas del Tratado. El segundo argumento parte de la consideración de la separación de los dos planos, convencional y unionista, en la tutela de los derechos, de modo que los principios generales ex art. 6 TUE, respecto de los cuales el juez comunitario asegura el respeto, son relevantes exclusivamente en relación a los casos particulares a los que es aplicable el derecho de la Unión y, en consecuencia, los efectos en los ordenamientos de los Estados miembros de esta aplicación no serían extensibles «per relationem» a las normas convencionales. Lo que no quita — se lee en un pasaje de la sentencia que, por lo demás, podrá ser susceptible de desarrollos significativos—, que la referencia a las tradiciones constitucionales comunes y a la CEDH se coloquen «en una inequívoca perspectiva de reforzamiento de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales», lo que podrá destacar, en primer término, en el marco de la interpretación de la Carta de Niza, contribuyendo a conferir mayor elasticidad al sistema de protección en ella codificado, y a evitar que la Carta cristalice los derechos fundamentales de la Unión, bloqueando su desarrollo en sede jurisprudencial. Permanece invariable, sin embargo, según la Corte, el obstáculo de una indirecta incorporación de la CEDH en el derecho primario de la UE por efecto de la cláusula de equivalencia del art. 52.3 de la Carta, en tanto que el presupuesto de la aplicabilidad de ésta y de los derechos unionistas es que «los casos particulares sometidos al examen del juez sea disciplinada por el derecho europeo».

Parece, por lo tanto, que también la jurisprudencia constitucional más reciente mantiene una actitud globalmente prudente en la utilización, sobre el terreno interpretativo, de las virtualidades ofrecidas por un sistema, multinivel de protección de los derechos fundamentales en referencia al contenido de los mismos, lo que supondría, en definitiva, el reconocimiento de la inevitable ubicación de la justicia constitucional en el seno de un circuito comunicativo más amplio. Por otra parte, es significativo que, frente

a la prudencia en el ámbito de la individualización del contenido de los derechos, tenga «pendant», una mayor deferencia respecto a los conflictos con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativos a la operatividad de los mecanismos procedimentales dirigidos a garantizar la máxima eficacia de los pronunciamientos del Tribunal en las controversias con los Estados adheridos a la Convención. En esta dirección se orienta la sentencia n. 113 de 2011, que ha declarado inconstitucional el art. 630 del Código procesal penal, en tanto que no prevé un caso distinto de revisión, cuando sea necesaria a fin de acatar una sentencia definitiva de la Corte de Estrasburgo. En esta decisión la Corte italiana ha elegido, muy oportunamente, vincular el juicio de constitucionalidad sobre la norma interna a la funcionalidad del «sistema europeo de protección de los derechos fundamentales», como ha anticipado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también subrayando en la interpretación del art. 46 CEDH la previsión de «un específico procedimiento de infracción, apto para constituir un medio más incisivo de presión en los conflictos con el Estado parte», y además favorecer una plena «restitutio in integrum en beneficio del interesado»: pronto, la incompleta previsión de medidas que garantizan la plena observancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se convertirá, según la Corte, en un «vulnus» constitucional relativo a los derechos del procedimiento, no sanable en vía interpretativa. En este ámbito, pues, el circuito interpretativo entre garantías convencionales del procedimiento y garantías constitucionales del proceso parece susceptible de actuar plenamente, y de aquí parece poder tomar la idea de un «due process of law» europeo, como pilar de un «sistema» europeo de protección de los derechos, en el ámbito del cual, también a la Corte constitucional le corresponde la labor de «poner remedio», removiendo los elementos nocivos que impiden la conexión entre garantías procedimentales convencionales y garantías procesales internas.

5. COMPARACIÓN Y «DIÁLOGO» ENTRE LOS TRIBUNALES EUROPEOS

La breve reseña jurisprudencial deja entrever un itinerario atormentado, que demuestra que la relación entre la Corte constitucional italiana y los

Tribunales europeos, mantenida durante más de un decenio, nos sitúa ante una «experiencia» compleja y esencialmente comunicativa, irreductible a su inserción en abstractas categorías dogmáticas. También en este espacio, por lo tanto, se requiere de la doctrina y de la jurisprudencia conciencia de los desafíos a los cuales se enfrenta la justicia constitucional en el contexto del Estado constitucional «abierto», y de los procesos de integración supranacional. No es, por otro lado, «artificial», la contraposición entre una perspectiva que actúa en base a criterios de jerarquía formal de las fuentes, y criterios de armonización en vía interpretativa o de integración material. Por lo demás, lo que está evidentemente en discusión, no es el hecho de que en el sistema multinivel de protección de los derechos cada uno de los tribunales sea llamado a desarrollar su propio papel, con competencias y fisonomías diferentes y en su propio nivel, sino el hecho de que sea plausible continuar concibiendo las relaciones entre las fuentes que sostienen este sistema multinivel sólo según criterios de jerarquía formal, sin dar la relevancia adecuada a los procesos de interdependencia que se desarrollan en el ámbito interpretativo y de los que, durante decenios, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y de los tribunales europeos ofrecen pruebas difícilmente refutables. Es difícil negar que las certidumbres de una «Stufenbau» de carácter formalista ofrecen caminos más seguros, pero eso no quiere decir que ellas no conduzcan a profundizar en la brecha entre normatividad y efectividad de la constitución, que en sistemas multinivel de protección puede ser superada, no a través de la abdicación del propio papel por parte de los singulares actores, sino a través de la conciencia de la ineludible unilateralidad de la perspectiva que estos asumen, y de la «parcialidad» de cada uno de los niveles de tutela. Razonando de modo diverso se corre el riesgo no sólo de radicalizar los términos del problema, sino de olvidar que los procesos interpretativos, en cuyo contexto se encuentran axiologías complejas y no monodimensionales o unilaterales, son instrumentos de armonización de los conflictos propios de la complejidad, cuya inexistencia puede comportar situaciones autorreferenciales de bloqueo quizá más peligrosas que las nieblas del diálogo. En el contexto de la discusión permanece, en definitiva, una alternativa de fondo: por una parte la aproximación ligada a la premisa de un nexo indisoluble entre constitución y estatalidad, para la que las «limitaciones de la soberanía» en los procesos de integración

supranacional y en el Estado constitucional «abierto» o «cooperativo», constituyen un cuerpo extraño y un «vulnus» del principio constitucionalidad; y por otro lado, la aproximación que reconoce más bien un recurso, o mejor, la ineludible respuesta a los desafíos que agitan el «futuro» de las constituciones. No sólo porque a las constituciones se les reclama introducir renuncias a la soberanía para poder alcanzar a preservar espacios indeclinables de la estatalidad, sino, sobre todo, porque pueden conservar su función como instrumentos esenciales de limitación del poder en una época dominada por bloques de poderes transnacionales ante los cuales las constituciones están cada vez más indefensas, sólo con la condición de que los procesos de constitucionalización trasciendan los límites de los Estados. Una apuesta, ésta, que afecta en primer lugar, como es evidente, a los Tribunales constitucionales.

Las consideraciones desarrolladas inducen a concluir que es ineludible tomar nota de que los Tribunales constitucionales europeos se mueven hoy en el marco de un «sistema europeo» de justicia constitucional, que no está construido sobre bases jerárquicas, sino acordado sobre el plano de la integración material, y que, para comprender el papel que aquélla desarrolla en dicha estructura, conviene liberarse de prejuicios radicados en el iuspositivismo estatalista. Si cada ciencia es verdaderamente tal, es porque consigue poner continuamente en crisis los conceptos fundamentales sobre los cuales trabaja y que ella misma ha elaborado, esto vale también, naturalmente, para la ciencia jurídica. La adopción de una perspectiva europea «de sistema» sugiere sólo algunos aspectos problemáticos (y de interlocución), sobre el papel de la comparación en el diálogo entre los Tribunales europeos. Nos debemos preguntar si los procesos de integración supranacional se sitúan fuera de los horizontes de la comparación constitucional. Dicho más claramente: ¿la realidad del «Estado constitucional cooperativo» indica el desbordamiento de procesos de comunicación entre ordenamientos diversos, anteriormente protegidos de los recursos más dúctiles de los cánones de la comparación? ¿Tiene todavía futuro la comparación en la época del desbordamiento del «Estado constitucional» de los límites del «Estado nacional»? O después de haberla preparado, ¿deberá ceder el paso a mecanismos más compactos de «integración homologativa» entre ordenamientos? ¿Existe espacio todavía para el método comparativo en la inter-

pretación de las estructuras «prefederales» del constitucionalismo multinivel y de la protección multilevel de los derechos en el ordenamiento europeo? No es este el lugar para responder con profundidad a estos interrogantes. Solamente observo que, históricamente, en los procesos de formación de estructuras federales, la comparación en el Derecho público nace, precisamente, en el terreno de las estructuras multinivel como la desarrollada en el escenario de los Estados territoriales alemanes de la Restauración, y que las primeras teorizaciones sobre el método comparativo de Zachariä, Zöpfl, von Mohl, Mittermaier, Hugo, son inseparables de este contexto institucional. Son sólo esbozos de una reflexión más completa. Pero sobre estos interrogantes se juega, por lo demás, el futuro de la comparación constitucional. Porque, de un lado, no hay duda de que en el ordenamiento europeo de los derechos, la utilización de cánones comparativos por parte de los Tribunales (para identificar, por ejemplo, las «tradiciones constitucionales comunes»), se proyecta en una dimensión de integración que no es ya aquella que históricamente ha representado el ámbito sobre el que se ha desarrollado la comparación constitucional. De otro lado, los procesos de integración supranacional, a lo sumo, exigen el mantenimiento de vínculos más flexibles y dinámicos entre los diversos ordenamientos, que dejan espacio a la utilización de cánones comparativos sobre el terreno de la interpretación. La experiencia de la «creación jurisprudencial» de un sistema de derechos en el ordenamiento europeo multinivel, demuestra que el método comparativo constituye todavía el presupuesto necesario para la búsqueda de principios generales que trascienden los confines de los Estados. En un ensayo muy profundo de 1989, Peter Häberle ha puesto el acento con fuerza sobre las potencialidades de una doctrina de la comparación como «vergleichend», y sobre los recursos de la interpretación que utilizan el canon de la comparación como vehículo para la construcción de un estándar óptimo de protección de los derechos fundamentales⁴³. Y la perspectiva de una «in-

⁴³ Cfr. P. HÄBERLE, «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als «fünfter» Auslegungsmethode (1989)», en Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlín 1992, 27 ss.

interpretación abierta de los derechos fundamentales» resulta, volviendo al papel de la jurisprudencia constitucional, intrínsecamente comparatista. Ella constituye una extraordinaria oportunidad para los Tribunales constitucionales, pero también un desafío al que ellos no deberían sustraerse. La compleja evolución de la relación entre los Tribunales constitucionales y los Tribunales europeos, puede ser atemperada siguiendo la huella dejada por la idea de que la comparación es, esencialmente, «comunicación» entre experiencias diferentes: una comunicación que rehúye tentativas de rígida jerarquización porque es tal sólo si nadie tiene «la última palabra». Porque, en definitiva, no existe comparación allí donde se construyen monopolios o primacías en la interpretación, en tanto que ésta se alimenta ante todo, del diálogo entre culturas.

Resumen:

El presente trabajo se inicia revisando si las estructuras contemporáneas de justicia constitucional en el continente europeo pueden todavía configurarse como una manifestación del paradigma kelseniano. A continuación, analiza a través de una serie de ejemplos, cómo esas estructuras han experimentado tensiones de configuración. Los dos últimos apartados están dedicados a estudiar en concreto la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en referencia al derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras Clave: *Jurisdicción constitucional, Derecho de la Unión, Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte constitucional italiana.*

Abstract:

This paper begins taking account of the modern constitutional jurisdiction in Europe and it wonders if the Kelsen's paradigm is still a useful as an analytical criteria. After that, it explains with several examples the tensions that the constitutional jurisdiction has experienced lately. The last two points are dedicated to study the Italian Constitutional Court jurisprudence related to European Law and the EHRC.

Keywords: *Constitutional jurisdiction, European Union Law, European Convention, ECJ, ECHR, Italian Constitutional Court*