

## LUCES Y SOMBRAS EN LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS\*

di

**Laura Cappuccio**

(*Ricercatrice di Diritto costituzionale*  
*Università degli Studi di Napoli “Federico II”*)

14 noviembre 2012

**Sommario:** 1. La apertura internacional de la Constitución italiana. La diferenciación entre las costumbres internacionales y los tratados entre los Estados. 2. La peculiar posición del CEDH en la elaboración de la doctrina y la jurisprudencia (ordinaria y constitucional). 3. La reforma constitucional del artículo 117.1 tomada en serio: las sentencias n. 348 y 349 de 2007. 4. La aplicación condicionada de la jurisprudencia de Estrasburgo como expresión del margen de apreciación. 5. El conflicto entre la Corte Constitucional y el Tribunal de Estrasburgo sobre las leyes retroactivas. 6. La intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el caso *Scattolon*. 7. Dos Cortes, dos varas de medir. Divergencias entre Corte Constitucional y Corte de derechos.

**Abstract:** Este trabajo afronta la relación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prestando una atención especial a la jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 2001 que situó el CEDH entre los parámetros del juicio de constitucionalidad. A través del análisis de los casos de convergencia y divergencia entre ambas Cortes relativos a la tutela de derechos se evidencia la diferencia de rol, funciones y argumentación entre una Corte Constitucional y una Corte de derechos. La jurisprudencia

\* Articolo sottoposto a referaggio e destinato anche alla pubblicazione su *Revista Española de Derecho Constitucional*

examinada contribuye a aclarar la relación entre las Cortes nacionales y las Cortes supranacionales, iluminando los aspectos no resueltos de una cuestión que en la actualidad es el centro de interés de la doctrina constitucionalista internacional.

This paper addresses the relationship between the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights with special attention to the case law after the constitutional reform of 2001 which placed the ECHR among the parameters of the judicial review. The analysis of convergence and divergence cases between the two courts concerning protection of rights shows the difference in roles, functions and arguments between Constitutional Courts and a Court of rights. An examination of the case law helps to clarify the relationship between national courts and supranational courts, illuminating the unresolved aspects of an issue that is now the focus of international constitutional doctrine.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, Corte constitucional, CEDH, derecho internacional, conflicto entre cortes

**Keywords:** fundamental rights, Constitutional Court, ECHR, international law, conflict between courts

## **1. La apertura internacional de la Constitución italiana. La diferenciación entre las costumbres internacionales y los tratados entre los Estados.**

“Una Constitución ambiciosa”, así definió en 1975 la Carta Constitucional italiana un célebre profesor de derecho internacional.<sup>1</sup> Ya en las Actas de la Asamblea Constituyente se observa la aspiración a participar de manera plena y paritaria en la Comunidad de los Estados, como lo demuestra la amplia convergencia entre las fuerzas políticas en la votación de los artículos dedicados al ordenamiento internacional. La naturaleza de compromiso del texto constitucional italiano, cuya aprobación fue fruto de largas y complejas negociaciones, parece atenuarse en este específico sector de la disciplina constitucional. El pacifismo, la participación del Parlamento en los actos más importantes de la política exterior, y la apertura al ordenamiento internacional, se manifestaron como principios compartidos por las fuerzas políticas, que se desmarcaban así de la cerrazón nacionalista del periodo fascista.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CASSESE; *Lo Stato e la Comunità internazionale*, en BRANCA (ed.); *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bolonia-Roma, 1975, pp. 461ss.

<sup>2</sup> Para un análisis detallado de los trabajos de la Asamblea Constituyente: CASSESE; “Il contributo degli internazionalisti ai lavori per il Ministero della Costituente”, en *Riv. Dir. int.*, n. 1-2, 1978, pp. 47ss. En general sobre los artículos constitucionales italianos dedicados al ordenamiento internacional, PERASSI; *Costituzione italiana ed ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1952; MIELE; *Costituzione italiana e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951

Este consenso se tradujo en los artículos 10 y 11 de la Constitución italiana (CI), que, colocados entre los Principios Fundamentales, determinan la evolución de las relaciones entre las fuentes internas y las internacionales.<sup>3</sup> En ellos se distingue entre las normas internacionales dotadas de un reconocimiento general (las costumbres) y las que son fruto del acuerdo entre Estados (los tratados). El artículo 10 afirma que el ordenamiento italiano se conforma a las costumbres internacionales, sancionando de este modo una especie de “transformador permanente” que permite adecuar automáticamente el derecho nacional al internacional.<sup>4</sup> A tenor del artículo 10.1 CI, los intérpretes pueden aplicar inmediatamente las normas internacionales de naturaleza consuetudinaria sin que sea necesaria la intervención del Parlamento.<sup>5</sup> La jurisprudencia ordinaria y constitucional utiliza las normas de derecho internacional generalmente reconocidas sin que sea necesario atender a un acto normativo específico de recepción.<sup>6</sup>

La regla propia del sistema de fuentes italiano, según el cual las normas de otro ordenamiento entran en el sistema jurídico nacional con el rango de la fuente en la que se insertan, permitió adscribir tales costumbres al nivel de la propia Constitución.<sup>7</sup> Ya en su decisión n. 47 de 1979 (sobre la inmunidad de los diplomáticos), pero aún más claramente en la sentencia n. 15 de 1996 (sobre el uso de la lengua materna en el proceso), la Corte Constitucional afirmó que las normas del ordenamiento internacional generalmente reconocidas tienen “valor de normas constitucionales”.<sup>8</sup> Esto significa que las costumbres pueden ser usadas como parámetro en el juicio de legitimidad de las leyes.<sup>9</sup> Un claro ejemplo se encuentra en la reciente decisión n.

<sup>3</sup> Para un comentario a estos artículos, cfr. COSSIRI; “Art. 10”, y “Art. 11”, en BARTOLE, BIN (eds.); *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, pp. 80 ss.; CANNIZZARO, CALIGURI; “Art. 10”, en BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (eds.); *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, pp. 242 ss; CARTABIA, CHIEFFI; “Art. 11”, íd., pp. 263 ss.

<sup>4</sup> Esta es la afortunada expresión de PERASSI; *Lezioni di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1957, p. 29.

<sup>5</sup> Sobre el art. 10 cfr. VEDOVATO; “I rapporti internazionali dello Stato”, en CALAMANDREI, LEVI (eds.); *Commentario, sistematico alla Costituzione italiana*, Giunti Barbera, Firenze, 1950, pp. 87 ss; SOCINI; *L'adeguamento degli ordinamenti statali al diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 97 ss; CANNIZZARO; “Art. 10” cit., p. 245 ss.

<sup>6</sup> Así se manifestaba ya MIELE; *La Costituzione italiana* cit., 1951, cit., 18 que destacaba cómo “el peso de resolver las dudas e incertidumbres a que da lugar la interpretación del derecho internacional general, recae en los órganos jurisdiccionales, y es un peso a menudo gravoso”. El papel de la jurisprudencia es señalado también por GAJA; “Sull'accertamento delle norme internazionali generali da parte della Corte costituzionale”, en *Riv. Dir. Int.*, 1968, p. 322; y más recientemente por DONATI; *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 28 ss.

<sup>7</sup> ZAGREBELSKY; *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Le fonti del diritto*, Utet, Torino, 1987, pp. 124 ss.

<sup>8</sup> Todas las sentencias del Tribunal Constitucional se pueden encontrar en el sitio oficial <[www.cortecostituzionale.it.](http://www.cortecostituzionale.it/)>

<sup>9</sup> La doctrina inmediatamente sucesiva a la aprobación de la Carta constitucional no atribuyó de manera unánime rango constitucional a las costumbres internacionales: algunos autores consideraban que era posible equiparar las costumbres a la ley ordinaria (BERNARDINI; “Diritto internazionale generale ed ordinamento interno”, en *Giur. Cost.*, 1961, pp. 1464 ss), otros que se podía insertar en un nivel intermedio entre la Constitución y las leyes (LA PERGOLA; *Costituzione ed adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961, pp.

131 de 2001, sobre la relación entre el cumplimiento del servicio militar y la ciudadanía. La Corte Constitucional, utilizando como único parámetro el artículo 10 CI, declaró la ilegitimidad de la legislación italiana que no prevé que se exima de la obligación de reclutamiento a los que hayan perdido la ciudadanía italiana, como consecuencia de la adquisición de la ciudadanía de otro Estado. Esta legislación fue considerada ilegítima porque se hallaba en desacuerdo con la norma consuetudinaria internacional que prohíbe que los Estados puedan someter a obligaciones militares a los ciudadanos extranjeros.

En cambio, para los tratados, el silencio de la Carta sobre la modalidad de su recepción en el ordenamiento interno ha sido visto, siguiendo el planteamiento teórico de matriz dualista que se basa en la separación entre derecho nacional e internacional, como expresión de la necesidad de producir normas de rango legislativo para la aplicación interna de los tratados.<sup>10</sup> La teoría dualista, elaborada a principios del siglo XX por Donato Donati y Donisio Anzilotti, tenía como objetivo que se reconociera la pertenencia de la función legislativa al Parlamento.<sup>11</sup> El dualismo Rey-Cámara que caracterizaba a la forma de gobierno parlamentaria prevista por el Estatuto Albertino se releyaba también en el procedimiento de formación y ejecución de los tratados internacionales.<sup>12</sup> La escisión entre el momento de

---

291 ss.; MORTATI; *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, pp. 1479 ss), otros se situaban en una posición variable dependiendo del tipo de fuentes que disciplinan la materia sobre la que inciden las costumbres (CASSESE; “Art. 10” cit., pp. 500 ss.), y finalmente algunos admitían la constitucionalidad de las costumbres (BARILE; “Costituzione e diritto internazionale. Alcune considerazioni generali”, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4, 1986, pp. 957 ss; CONFORTI; *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1995, pp. 295 ss; RONZITTI; “L’adattamento dell’ordinamento italiano alle norme imperative del diritto internazionale”, en *Rass. Parl.*, n. 2, 2002, 503 ss., sostiene que las normas imperativas del derecho internacional “pertenecen a la categoría de los principios supremos de la Constitución”, p. 509).

<sup>10</sup> MIELE; *La Costituzione italiana e il diritto internazionale* cit., 21, afirma que la Constitución no se ocupa de la adaptación al derecho internacional particular, por lo que se debe considerar que “ha dejado en manos de los procesos de producción jurídica ordinaria la inserción del derecho interno necesario para la observancia de las obligaciones y para el ejercicio de los derechos subjetivos fruto de tratados o convenciones con otros Estados”. La doctrina mayoritaria (cf. CATALADI; “Rapporti tra norme internazionali e norme interne”, en *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, 1997, 391 ss.) y la jurisprudencia sostienen la necesidad de un acto de ejecución para la eficacia interna de los tratados (cfr. Cass. n. 1196 del 17 abril 1972, en *Riv. Dir. int.*, 1973, pp. 592; n. 867 del 22 marzo 1972, *íd.*, pp. 586 ss.; n. 1920 del 22 marzo 1984, en *Riv. Dir. int.*, 1984, pp. 672 ss.; al respecto véase también la decisión de la Corte Constitucional n. 20 de 1966, en *Giur. Cost.*, 1966, pp. 199 ss.).

<sup>11</sup> La ley que contiene la orden de ejecución, en efecto, era interpretada como un procedimiento abreviado de producción de normas jurídicas que no se agotaba en una simple orden destinada a imponer la aplicación de la norma de origen internacional, sino que la transformaba en una norma de derecho interno, cfr., ANZILOTTI; *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Zanichelli, Bologna, 1905; DONATI; *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1906.

<sup>12</sup> La afirmación del papel del órgano legislativo en el interior del proceso de estipulación de los tratados ha sido reconstruido por BRUNO; *Il Parlamento italiano e i trattati internazionali*, Giuffrè, Milano, 1997. En general, desde las Constituciones revolucionarias de finales del siglo XVIII, la relación entre las actividades internacionales del Estado y la producción normativa interna ha sido percibida como un elemento fundamental de la disciplina constitucional, relativa a la formación y los efectos de los tratados internacionales. El monismo de las Constituciones revolucionarias, que permitía que una única manifestación de voluntad produjera consecuencias jurídicas tanto en el ordenamiento internacional (mediante el cierre de los tratados), cuanto en el ordenamiento interior (mediante la inclusión inmediata de las normas producidas por los tratados), parece en

perfeccionamiento del acuerdo desde el punto de vista internacional y el de su ejecución interna, se inserta en el interior del proceso que, a lo largo del siglo XIX, condujo a las constituciones liberales a distinguir el ejercicio del poder externo en dos momentos. En el primero, competencia del monarca, se cierra el acuerdo internacional; y en el segundo, a través de la participación del Parlamento en la adopción de la ley de ejecución, se permite que el acuerdo produzca efectos internos. El desarrollo de la forma de gobierno parlamentaria ha conllevado, así, la progresiva intervención de los órganos representativos para dotar a las opciones internacionales del monarca de eficacia interna.<sup>13</sup> No es casual que la teoría dualista se afirme históricamente junto con la separación de poderes: cuando han sido limitadas las prerrogativas regias en el ámbito interno, las relaciones internacionales ya no son competencia exclusiva de la Corona, sino que exigen la intervención de las Cámaras.

La diferencia entre el derecho internacional de naturaleza consuetudinaria y el de origen convencional que se deduce del texto constitucional italiano de 1948, se refleja en su respectiva colocación en el interior del sistema de las fuentes. Si, dada la referencia en el artículo 10 CI, las costumbres se colocan al nivel de las normas constitucionales, los tratados, en ausencia de semejante referencia explícita, tienen el valor propio del acto que los incluye en el ordenamiento internacional, es decir, generalmente, el de la ley ordinaria. El encuadramiento legislativo de los tratados implica un doble orden de consecuencias: la no resistencia a la abrogación por parte de leyes ulteriores y la imposibilidad de desempeñar el papel de parámetro en el juicio de constitucionalidad.

---

ciertos aspectos análogo al monismo de los regímenes monárquicos absolutos: en el primer caso, es el cuerpo legislativo el que tiene el monopolio de la producción normativa y de la gestión del poder externo; en el segundo caso, es el monarca el que cierra los tratados y modifica el ordenamiento jurídico. Con la llegada de las primeras constituciones liberales, el dualismo entre el Parlamento y el Rey produjo una escisión en el ejercicio de las relaciones internacionales: el cierre de los tratados se remite a la voluntad del monarca, mientras su recepción en el ordenamiento interno se da mediante la participación de los órganos representativos, cfr. FLORIDIA; “*Diritto interno e diritto internazionale: profili storico comparativisti*”, en *Dir. Pubbl. Comp. Europ.*, n. 3, 2002, pp. 1340 ss.

<sup>13</sup> MORTATI; *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, 146, afirma que “históricamente, la forma dualista representa una fase de transición que se verifica en el curso del proceso de limitación del poder monárquico por parte de poderes sociales que encuentran en el principio de representación política el modo de participar cada vez más en la función de gobierno”. En general, un rasgo común a los sistemas parlamentarios es la presencia del órgano representativo, el cual desempeña un papel diverso según si adopta un planteamiento monista o dualista en relación con el ordenamiento internacional, cfr. GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES; *Diritto internazionale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 539 ss.; SPERDUTI; *Il primato del diritto internazionale nel sistema del diritto interno*, en *Riv. Dir. Int.*, n. 2, 1978, pp. 205 ss. Sobre el diverso papel de los parlamentos en el ámbito del cierre de tratados internacionales, véase en particular Lippolis; “*Parlamento e potere estero*”, in LABRIOLA (ed.); *Il Parlamento Repubblicano (1948-1998)*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 525 ss.

## **2. La peculiar posición del CEDH en la elaboración de la doctrina y la jurisprudencia (ordinaria y constitucional).**

El caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es distinto. Tanto a ella como a las otras cartas de derechos ratificadas en Italia (como el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos, o el Convenio sobre los Derechos del Niño, etc.) les correspondía un rol peculiar. La doctrina había intentado defender de manera diversa una cobertura constitucional del CEDH para sustraerlo a una colocación en el sistema de fuentes de nivel puramente legislativo.<sup>14</sup> Se pueden recordar, por ejemplo, las reconstrucciones que tendían a incluir el CEDH entre los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y garantizados en art. 10 CI,<sup>15</sup> o también entre los tratados pensados para garantizar la paz y la justicia entre las naciones, los únicos dotados de un anclaje constitucional explícito (art. 11 CI),<sup>16</sup> o, finalmente, a fundamentar sobre el artículo 2 CI la cobertura constitucional de los tratados sobre derechos humanos.<sup>17</sup> En este marco, el artículo 2, norma de reconocimiento general de las libertades fundamentales, era interpretado como una “cláusula abierta” que podía enriquecerse con derechos no expresamente previstos en el catálogo constitucional (y, por lo tanto, definidos como “nuevos”), fruto de la evolución social y tecnológica, y de la elaboración derivada de los tratados internacionales.<sup>18</sup>

En la jurisprudencia ordinaria se manifiestan también diversas soluciones sobre el rango que cabe atribuir al CEDH. El panorama de las decisiones, muy variado, puede ser resumido recordando sobre todo las sentencias, bien conocidas, que sancionan la inaplicación de la norma interna en contraste con el Convenio. El razonamiento realizado por los jueces se basa en la conexión entre el CEDH y el ordenamiento comunitario. El artículo F del Tratado de Maastricht, con base en el cual la Unión respeta los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y por las tradiciones constitucionales comunes, es interpretado como una forma de incorporación del propio CEDH en el ordenamiento europeo. Desde este punto de vista, los jueces, cuando detectan un contraste entre la ley interna y el CEDH, deben servirse de las mismas reglas vigentes cuando se da un contraste entre la ley interna y las normas

---

<sup>14</sup> Cfr. TEGA; “La CEDU nella giurisprudenza della corte costituzionale”, en *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2007, pp. 431 ss.

<sup>15</sup> QUADRI; *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1989, pp. 63 ss.

<sup>16</sup> MORI; “Convenzione europea dei diritti dell’uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana”, en *Riv. dir. int.*, 1983, 306 ss.

<sup>17</sup> Para una reconstrucción de las diversas posiciones de la doctrina, cf. MONTANARI; *I diritti dell’uomo nell’area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 123ss.

<sup>18</sup> BARBERA; “Commento all’art. 2 Cost.”, en BRANCA (ed.); *Commentario della Costituzione cit.*, pp. 102 ss; LA PERGOLA; “L’adeguamento dell’ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani”, en AA.VV.; *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Cedam, Padova, 1989, pp. 40 ss.

comunitarias directamente aplicables, o sea, deben inaplicar la disciplina nacional que sea incompatible con la supranacional (sentencia *Medrano* del Tribunal Supremo, o sea, *Corte di Cassazione*, de 1993).<sup>19</sup>

En Italia, efectivamente, la Corte Constitucional, a partir de la histórica sentencia n. 170 de 1984, había establecido algunos puntos firmes en la relación entre derecho comunitario y derecho interno: los dos sistemas jurídicos están configurados como autónomos y distintos, si bien coordinados a partir del reparto de competencias establecido por el Tratado. Sobre la base de tal “coordinación de competencias”, el efecto que se atribuye a un reglamento comunitario que establece la disciplina que debe ser aplicada a un sector de incumbencia europea es el de “impedir que [la ley italiana, LC] sea tomada en consideración por el juez nacional para resolver las controversias. En cualquier caso, este fenómeno es distinto de la abrogación o de cualquier otro efecto extintivo o derogatorio” (n. 170 de 1984) propio del ordenamiento italiano.<sup>20</sup> La aplicabilidad directa y la supremacía respecto a las leyes nacionales, según la jurisprudencia *Medrano*, se deben atribuir también al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se encuentran también decisiones que interpretaron la ley de manera compatible con el CEDH. En estos casos, el juez, entre los diversos significados posibles atribuibles a un texto normativo nacional, eligió los que no se hallaban en contraste con el CEDH, atribuyendo a esta en ocasiones incluso una función integradora de la disciplina nacional. Así, en la decisión *Polo Castro*, el Tribunal Supremo se apoyó en el CEDH para integrar la regla de juicio que se debía aplicar en el caso concreto.<sup>21</sup> La cuestión tenía como objeto la admisibilidad de un recurso contra una orden de captura emanada por las autoridades nacionales para cumplir con la demanda de extradición emitida por otro Estado. El Supremo consideró directamente aplicable el artículo 13 CEDH que reconoce el derecho a presentar recurso ante un juez.<sup>22</sup> La

<sup>19</sup> La decisión del 12 de mayo de 1993, en *Riv. Int. Dir. Uom.*, 1993, pp. 580 ss. GUAZZAROTTI; “I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione”, en *Quad. Cost.*, n. 1, 2003, pp. 25 ss; PACE; “La limitata incidenza della C.e.d.u. sulle libertà politiche e civili in Italia”, en *Dir. Pubbl.*, n. 1, 2001, p. 16; RASPADORI; *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano 2000, p. 82. En términos generales sobre la posición de la jurisprudencia ordinaria en relación con el TEDH, cfr. MONTANARI; “Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi”, en FALZEA, SPADARO, VENTURA (eds.); *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 119 ss; RANDAZZO; “Giudici comuni e Corte europea dei diritti”, *íd.*, pp. 217 ss; LIBERATI; “Corte costituzionale e giudici comuni nell’adattamento della CEDU al diritto interno: tra tentativi di disapplicazione ed obbligo di interpretazione conforme”, en <[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)>.

<sup>20</sup> LA PERGOLA; “Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio”, en *Giur. cost.*, n. 4, 2003, pp. 2432 ss; PACE; “La sentenza Granital ventitré anni dopo”, en <[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)>.

<sup>21</sup> Cass. Pen. SS.UU. 23 noviembre 1988, n. 15, *Polo Castro*, en *Riv. Int. Dir. Uom.*, 1990, pp. 419 ss.

<sup>22</sup> TAMIETTI; “Applicazione diretta delle disposizioni convenzionali e previo esaurimento delle vie di ricorso interne nella giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana e della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en

unión entre disciplina interna y convencional comporta, por tanto, la aplicación de la regla del recurso también a un caso, como la extradición, no explícitamente previsto por el derecho interno.

Con todo, en términos más generales, la mayor parte de los jueces ordinarios, antes de la sentencia n. 348 de 2007 (cfr. infra § 3), tendía a orientarse en dos direcciones: la primera viene representada por la negación de eficacia directa a las normas del Convenio dado que se consideran genéricas, o programáticas, o sea, incapaces de fundamentar una regla de juicio aplicable al caso concreto.<sup>23</sup> En relación con el “carácter programático”, cabe mencionar que la Corte Constitucional, desde la primera decisión n.1 de 1956, excluyó que se pudiera utilizar cuando concierne a las disposiciones constitucionales. Este problema volvió a plantearse a propósito de la aplicación del CEDH por parte de los jueces. Así como la visión programática del texto constitucional era expresión de las diversas tendencias que, al día siguiente de la entrada en vigor de la Carta,<sup>24</sup> intentaban debilitar su capacidad innovadora, reconociéndole un valor únicamente político, también el “carácter pragmático” retornaba entre los jueces ordinarios y el Supremo, cuando se trataba de aplicar las normas del CEDH potencialmente ampliativas de los derechos fundamentales. Una segunda tendencia entre la jurisprudencia ordinaria resolvía la contraposición entre la ley nacional y las Convenciones, insalvable por vía hermenéutica, remitiendo la excepción de ilegitimidad a la Corte Constitucional.<sup>25</sup> Naturalmente, esta elección conllevaba, y aquí volvemos en una especie de círculo vicioso al punto de partida, atribuir al Convenio y a los otros tratados sobre derechos humanos el rango

---

Cass. Pen, n. 12, 2004, pp. 4265 ss; MONTANARI; “Giudici comuni e Corti sopranazionali” cit., pp 119 ss.; RANDAZZO; “Giudici comuni e Corte europea dei diritti” cit., pp. 217 ss.

<sup>23</sup> Se pueden recordar las sentencias de la Casación, tanto penal cuanto civil, que han excluido la posibilidad de aplicar el artículo 5.4 CEDH relativo al derecho a una reparación equitativa en caso de arresto o detención ilegítimos. En los casos en los que se ponía en cuestión esta disposición, la Casación la consideraba “genérica” y, como tal, implicaba solo una obligación de conformación por parte del Estado, que se debía desarrollar a través de mecanismos legislativos idóneos, en ausencia de los cuales, no podía producir ningún efecto sobre el caso concreto (entre muchas otras, cf., Cassazione Penale n. 1599 del 28 julio 1998, en *Rivista penale*, 1998, pp. 770 ss., n. 2 del 29 mayo 1992, 19 abril 1991, en *Riv. Int. Dir. Uom.*, 1992, pp.816 ss.). ALBANO; “Le norme programmatiche della CEDU e l’ordinamento italiano”, en *Riv. Int. Dir. Uom.*, n. 3, 1991, pp. 719 ss; MARIANI; “Sulla distinzione tra norme internazionali “self executing” e programmatiche”, en *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 2, 1994, pp. 372 ss

<sup>24</sup> BARTOLE; *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 121 ss; DOGLIANI; *Intepretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 29 ss; ONIDA; “L’attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale”, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 503 ss.

<sup>25</sup> Al respecto véanse los textos de BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (eds.); *All’incrocio tra Costituzione e Cedu*, Giappichelli, Torino, 2007; GUZZAROTTI; “La CEDU e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche”, en *Quad. cost.*, n. 3, 2006, pp. 491 ss.; GUZZAROTTI, COSSIRI; “L’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo secondo la prassi più recente”, en *Rass. Avv. Stato*, n. 4 del 2006; RANDAZZO; “Le pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo: effetti ed esecuzione nell’ordinamento italiano”, en ZANON (ed.); *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Esi, Napoli, 2006, 295 ss; MONTANARI; “Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti tra sistemi” cit., pp. 119 ss; RANDAZZO; “Giudici comuni e Corte europea dei diritti”, en íd., pp. 217 ss.

constitucional, visto que su utilización como parámetro derivaba de la posibilidad de reconducirlos implícitamente a la Constitución.

Ante este variado campo de versiones jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha adoptado, en el curso del tiempo, diversas posturas.<sup>26</sup> Sin duda, en un primer período, que parte de los años sesenta y llega hasta los ochenta del siglo pasado, la Corte confirmó la diferencia entre las costumbres internacionales, garantizadas por el art. 10 CI, y los Tratados entre los Estados (entre los cuales se incluye también el CEDH). La argumentación de la Corte se desarrolla siguiendo siempre las mismas líneas de fondo: los tratados tienen en nuestro ordenamiento el valor de ley ordinaria. El eventual contraste con las otras normas legislativas se resuelve con el criterio de la *lex posterior derogat priori*, o sea el criterio cronológico, sin transformarse en un juicio de legitimidad constitucional. En este contexto debe señalarse, como ejemplo excepcional, la decisión n. 10 de 1993 en la que la Corte cambió drásticamente de rumbo: de una parte, afirmó que el CEDH se resiste a la abrogación por parte de leyes posteriores, en cuanto “se trata de normas que derivan de una fuente re conducible a una competencia atípica y, como tales, no susceptibles de ser abrogadas o modificadas por parte de disposiciones de ley ordinaria”; por otra parte, atribuyó a las Cartas de derechos una función de integración del parámetro de constitucionalidad.<sup>27</sup> Mientras que la afirmación sobre la resistencia a la abrogación fue tan innovadora como aislada, no encontrando correspondencias en la jurisprudencia sucesiva, en cambio la atribución de un papel al CEDH en la interpretación de los derechos constitucionalmente garantizados había empezado a hacerse un lugar ya en los años ochenta. En este período se empieza a reconocer al CEDH una función de auxilio en la reconstrucción de los derechos constitucionalmente garantizados, atribuyéndole, ocasionalmente, un valor confirmador e integrador de la Carta Constitucional.

Antes de que la reforma constitucional n. 3 de 2001 confrontara a la Corte Constitucional con un cambio radical de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional de origen convencional, se había ya desarrollado una jurisprudencia que pretendía integrar la Constitución y el Convenio a través de la interpretación recíproca. Prescindiendo, por tanto,

<sup>26</sup> SORRENTI; “Le Carte internazionali sui diritti umani: un’ipotesi di “copertura” costituzionale “a più facce”, en *Pol. dir.*, n. 3, 1997, 349 ss; PERTICI; “La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo”, en FALZEA, SPADARO, VENTURA (eds); *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa cit.*, pp. 165 ss; TEGA; “La CEDU nella giurisprudenza della corte costituzionale” cit., pp. 431 ss; ID.; “Le Carte dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e oltre)”, en *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 953 ss.

<sup>27</sup> LUPO; “Il diritto dell’imputato straniero all’assistenza dell’interprete tra codice e convenzioni internazionali”, en *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 1993, pp. 66 ss.; CANNIZZARO; “Gerarchia e competenza nei rapporti tra trattati e leggi interne”, en *Riv. Dir. Inter.*, n. 2, 1993, pp. 351 ss.

del rango legislativo atribuido al CEDH, la Corte había empezado a utilizar las Cartas para interpretar los derechos fundamentales, separándose de los planteamientos de sello formal que había adoptado en los años precedentes. Es el contenido del CEDH, el hecho de que se trata de una Carta de tutela de las libertades, lo que empieza a interesar a la Corte, ya no su colocación jerárquica en el sistema de las fuentes.<sup>28</sup> Para entender esta fase de la jurisprudencia constitucional se pueden recordar diversas decisiones, unidas todas ellas por el mismo propósito: armonizar las diversas previsiones (nacionales y supranacionales) relativas a los derechos, con la finalidad primordial de excluir el conflicto.

A modo de ejemplo, se pueden recordar las sentencias n. 17 de 1981 y n. 188 de 1980. En la primera decisión, el objeto del juicio era la normativa italiana que no permite que se desarrolle públicamente la vista oral con menores, aun si estos lo reclaman explícitamente y la publicidad parezca útil o necesaria para la tutela de su derecho a la personalidad.<sup>29</sup> El artículo 6 del CEDH, en cambio, prevé un mecanismo más flexible que parte de un supuesto diverso, a saber, que exista la posibilidad de derogar la regla de la publicidad de la vista oral, cuando haya que proteger a los menores. La Corte Constitucional afirma, ante todo, que la publicidad de la vista oral tiene relieve constitucional, pero no la considera un derecho humano inviolable. Por otra parte, las excepciones a la regla de la publicidad del proceso, cuando se hacen valer en función de otros valores, como la protección de la juventud sancionada por el art. 31 CI, son compatibles con la Constitución. Sin embargo, lo que destaca en el sistema italiano es que los casos en los que es admisible la publicidad de los procesos en los que hay implicados menores, se deben determinar por la ley, mientras que, para el CEDH, basta con el acto del juez.

En la segunda sentencia, se trata del derecho del imputado a la autodefensa, sancionado por el art. 6.C del Convenio, pero ausente en el ordenamiento italiano, que impone el nombramiento de un defensor de oficio también en el caso de que el imputado rechace la asistencia de un abogado. La Corte fundamenta su decisión en las declaraciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en virtud de las cuales el art. 6 de el CEDH no contiene un derecho absoluto a la autodefensa, sino que permite que los Estados miembros promulguen reglas sobre la presencia de abogados en el juicio.

<sup>28</sup> En particular, la referencia al criterio sustancial se reencuentra en RUGGERI; “Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema”, en <[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)>; íd.; “Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»”, en *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 2, 2001, pp. 544 ss.; íd.; *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 146 ss.; íd.; “«Nuovi diritti» fondamentali e tecniche di positivizzazione”, en *Pol. Dir.*, n. 2, 1993, pp. 183 ss.

<sup>29</sup> TEGA; “La CEDU nella giurisprudenza della Corte Costituzionale” cit., pp. 431 ss.

En esta línea se inscribe también la sucesiva jurisprudencia de los años 90. En la sentencia n. 388 de 1999, por ejemplo, se valoró la legitimidad constitucional del art. 696 del Código Procesal Civil que prevé que quien desee verificar, antes del juicio, el estado de los lugares o la condición de las cosas, puede solicitar que se establezca una comprobación técnica, sin que se pueda comprobar al mismo tiempo la entidad de los daños con vistas a un juicio de resarcimiento. Esta limitación fue considerada por el juez en contraste tanto con el derecho a tutelar en sede judicial los propios derechos (art. 24 CI),<sup>30</sup> como con el derecho a una duración razonable del proceso previsto por el art. 6.1 del CEDH: la ley, desde el momento en que exige una fase ulterior de juicio y una nueva consulta técnica, prolonga de manera injustificada la efectividad de la tutela jurisdiccional que podría haberse satisfecho con una única comprobación. La Corte respondió a las críticas de inconstitucionalidad subrayando que “más allá de la coincidencia en los catálogos de derechos, las diversas formas que los expresan se integran completándose recíprocamente en la interpretación. Lo cual, justamente, sucede en el caso del derecho a actuar en juicio para tutelar los propios derechos e intereses, garantizado por el art. 24 CI, que implica una duración razonable del proceso, para que la decisión jurisdiccional [...] promovida para tutelar el derecho, asegure la protección eficaz de este y, en definitiva, la realización de la justicia”. Determinado, de nuevo, el parámetro de juicio con ayuda del art. 6 CEDH, la Corte concluyó lo infundado de la cuestión, dado que con la comprobación técnica se pueden recoger también informaciones necesarias para determinar la causa del daño o su entidad.<sup>31</sup>

La misma línea jurisprudencial, a saber, la búsqueda de una conexión entre las garantías constitucionales e internacionales para encontrar una solución al caso, se da de nuevo cuando, en el juicio de inconstitucionalidad, se ven implicadas otras Cartas (diversas del CEDH). En la decisión n. 404 de 1988 sobre el derecho a una vivienda, por ejemplo, la *ratio decidendi* se basó no solo en la lectura del art. 2 CI como “cláusula abierta” capaz de tutelar los derechos no explícitamente sancionados por el texto constitucional (como el de la vivienda), sino también en su reconocimiento por parte de las Cartas internacionales (como el art. 25 de la

---

<sup>30</sup> Art. 24 CI: “Todos pueden acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en todo tipo de proceso y en todas las fases del mismo. Se garantizarán los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción, mediante las instituciones apropiadas, a quienes no posean recursos económicos. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales.”

<sup>31</sup> PINELLI; “La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, en *Giur. Cost.*, n. 5, 1999, pp. 2997 e ss; MONTANARI; “Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: ma forse con un’inedita apertura”, ivi, pp. 3001 ss.

Declaración Universal de Derechos Humanos).<sup>32</sup> Análogamente, la Corte se remitió conjuntamente a las normas constitucionales y al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos en la sentencia n. 125 de 1992 (sobre el valor de la tutela de menores, con referencia específica a las exigencias de recuperación y de función reeducativa de la pena), y más recientemente al Convenio sobre los Derechos del Niño en la sentencia n. 494 de 2002, con el objetivo de reconocer a los hijos nacidos de relaciones incestuosas las mismas garantías del *status filiationis*.<sup>33</sup>

Concluyendo, podemos afirmar que esta jurisprudencia, que caracteriza la fase antecedente a la reforma constitucional n. 3 de 2001, concedía más valor a las Cartas de derechos que a los otros tratados internacionales. Independientemente de la posición que tales Cartas de derechos asumían en el sistema jerárquico de las fuentes, se utilizaron para interpretar las normas constitucionales mediante razonamientos que perseguían excluir toda contradicción posible entre las diversas formulaciones, constitucionales y convencionales, de la tutela de las libertades fundamentales.<sup>34</sup>

### **3. La reforma constitucional del artículo 117.1 tomada en serio: las sentencias n. 348 y 349 de 2007.**

En este articulado panorama, doctrinal y jurisprudencial, resulta relevante la modificación del art. 117.1 CI, realizada por la ley de reforma constitucional n. 3 de 2001. Esta ley de reforma constitucional produjo una modificación del Título V de la segunda parte de la Constitución, en la que se establecían (y aún se establecen) las reglas relativas a las relaciones entre el Estado, las regiones, las provincias y los municipios. La reforma perseguía un cambio del sistema autonómico territorial mediante la modificación de las normas relativas a las competencias estatutarias, legislativas y administrativas.<sup>35</sup> El art. 117 CI, destinado a regular

---

<sup>32</sup> PACE; “Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all’abitazione”, en *Giur. Cost.*, n. 3, 1988, p. 1801-1802; íd.; “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, en *Quad. Cost.*, n. 1, 2001, p. 51.

<sup>33</sup> PINARDI; “Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sentenza n. 125 del 1992 come decisione di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»”, en *Giur. Cost.*, n. 2, 1992, pp. 1083 ss; TEGA; “Il principio di verità della nascita e il diritto all’identità personale del «figlio incestuoso»: le colpe dei padri non ricadano sui figli!”, en *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2003, pp. 1076 ss.

<sup>34</sup> SORRENTI, “Le Carte internazionali sui diritti umani: un’ipotesi di “copertura” costituzionale a “più facce” cit., p. 349, sostiene que actuando de este modo la Corte en realidad acaba utilizando de hecho el Convenio como parámetro de la constitucionalidad de las leyes, p. 366.

<sup>35</sup> Este aspecto viene subrayado por D’ATENA; “La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione Europea”, en *Rass. Parl.*, n. 4, 2002, pp. 915 e 923, evidenciando cómo esta norma de “rompedora novedad” se aprobó sin ser apenas percibidas sus consecuencias, tras la elaboración del texto unificado por parte de la primera comisión de la Cámara de los Diputados. Entre los primeros comentaristas que señalaron la presencia de esta norma en la revisión del Título V de la Constitución, LUCIANI; “Camicia di forza federale”, en *La Stampa* del 3 marzo 2001; íd.; “Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime

el reparto de las competencias entre Estado y regiones en materia legislativa, se reformó para dotar a las regiones de una mayor autonomía normativa, pero la reforma insertó también un primer apartado cuyo alcance innovador de esta disposición trasciende los vínculos entre el Estado y las regiones, para implicar las relaciones entre el derecho interno y el internacional. La formulación de este importante apartado es la siguiente: “la potestad legislativa es ejercida por el Estado y las regiones en el respeto a la Constitución, así como a los vínculos que derivan del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales”.

Esta afirmación, según la cual los tratados internacionales constituyen un límite para la ley, acabó generando de este modo aún mayores confusiones entre los jueces, que se dividieron entre los que asimilaron el CEDH a los tratados comunitarios, inaplicando la ley interna cada vez que se halla en contraste con ellos, y los que decidieron elevar la cuestión de ilegitimidad constitucional, con base en el art. 117 CI, de las leyes nacionales incompatibles con el Convenio.<sup>36</sup> Las incertidumbres suscitadas por la reforma sobre la efectiva colocación del CEDH en el sistema de fuentes italiano fueron examinadas y resueltas por la Corte en dos juicios relativos a la tutela del derecho a la propiedad, previsto por el art. 42 CI, y por el art. 1 del Primer Protocolo del CEDH.

En particular, los casos sometidos al examen de la Corte se refirieron a la cuantía de la reparación que debe ser atribuida al propietario en el caso de expropiación regular e irregular. Según los jueces que elevaron a la Corte la cuestión de ilegitimidad, el ordenamiento italiano prevé una suma de dinero demasiado alejada del valor efectivo de mercado del bien. La jurisprudencia de Estrasburgo, efectivamente, ya había intervenido para sancionar la disciplina normativa italiana como incompatible con los estándares de tutela previstos por el Convenio, a tenor de los cuales la expropiación irregular debe compensarse con una suma que refleje el valor de mercado actual del bien, y, la regular, con el valor de mercado del bien no actual, pero sí relativo al momento en el que fue realizada la expropiación.<sup>37</sup> Hay que destacar que la Corte había precedentemente “salvado” la disciplina nacional, aun si reducía en gran medida el derecho de propiedad, excluyendo que hubiera violación de las normas constitucionales.

Por tanto, la Corte se encuentra por primera vez ante la eventualidad de tener que resolver un caso de contraste entre la disciplina nacional y el CEDH mediante el nuevo parámetro

---

osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001”, en <[www.associazionedecostituzionalisti.it/](http://www.associazionedecostituzionalisti.it/)>

<sup>36</sup> CARTABIA; “La CEDU e l’ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni”, en BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (eds.), *All’incrocio tra Costituzione e Cedu cit.*, pp. 1 ss

<sup>37</sup> Sentencias *Belvedere Alberghiera* del 30 octubre 2003, n. 31524/96, *Carbonara Ventura* del 11 diciembre 2003, n. 24638/94, *Scordino* del 12 octubre 2005, n. 43662/98.

constitucional representado por el art. 117.1. El contraste se caracterizaba, como ya se ha señalado, por el hecho de que las dos Cortes ya habían intervenido, en momentos distintos sobre la disciplina italiana, pronunciándose a favor de esta en el caso de la Corte Constitucional (sentencias n. 238 y 442 de 1993), y de modo desfavorable en el caso del Tribunal de Estrasburgo (TEDH) (*Scordino c. Italia*, del 29 de marzo 2006).

La Corte Constitucional resolvió la cuestión con las históricas sentencias n. 348 y 349 de 2007, en las que se pusieron las bases para una superación definitiva de la jurisprudencia constitucional precedente, así como para sus posteriores desarrollos.<sup>38</sup> En resumen la posición de la Corte es que la modificación del art. 117 CI no atribuye al CEDH un rango constitucional. Efectivamente, el CEDH no puede ser incluido ni en el campo de aplicación del artículo 10 CI que se refiere exclusivamente a las normas consuetudinarias, ni entre los tratados, como los que instituyeron la Unión Europea y que implicaban limitaciones de soberanía con base en el art. 11 CI.<sup>39</sup> El Convenio no es asimilable al ordenamiento comunitario desde el momento en que sus órganos (el Consejo de Europa y el Tribunal de Estrasburgo) expresan una realidad “jurídica, funcional e institucional” diversa de la Comunidad Europea. Basta pensar en el hecho de que los derechos fundamentales no son una materia respecto a la cual se pueda imaginar una separación de ámbitos de competencia como sucede con el ordenamiento comunitario. No es posible alcanzar una solución diversa ni siquiera a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, modificada en cierto modo por

<sup>38</sup> La sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios: SORRENTINO; “Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale)”, en *Dir. Soc.*, n. 2, 2009, pp. 213 ss; TEGA; “Le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte primaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto”, en *Quad. Cost.*, n. 1, 2008, p. 133 ss; CALVANO; “La Corte Costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: orgoglio e pregiudizio”, en *Giurisprudenza Italiana*, n. 3, 2008, pp. 573 ss; LUCIANI, “Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale”, en *Corriere giuridico*, n. 2, 2008, pp. 201 ss; RANDAZZO; “Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una “finestra” su Strasburgo”, en *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2008, pp. 25 ss; MOSCARINI; “Proprietà privata e Costituzione dopo le sentenze della Consulta nn. 348 e 349 del 2007”, en *Diritto e società*, 4, 2008, pp. 669 ss; ROMBOLI; “In tema di violazione da parte di leggi statali o regionali di norme della CEDU”, en *Foro it.*, 1, 2008, pp. 39 ss; BULTRINI; “Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l’inizio di una svolta?”, en *Dir. Pub. Comp. Europ.*, 1, 2008, pp. 171 ss; MONTANARI, “La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito”, en *Dir. Pub. Comp. Europ.*, 1, 2008, pp. 204 ss; CARTABIA; “Le “sentenze gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici”, en *Giur. Cost.*, n. 5, 2007, pp. 3564 ss; PINELLI, “Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti”, *ivi*, pp. 3518 ss; GUZZAROTTI; “La Corte e la CEDU: il problematico confronto di *standard* di tutela alla luce dell’art. 117, comma 1, Cost.”, *ivi*, pp. 3574 ss; DICKMANN; “Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l’art. 117, primo comma, della Costituzione”, en <[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)>; DONATI; “La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, en <[www.osservatorirosullefonti.it](http://www.osservatorirosullefonti.it)>.

<sup>39</sup> Sentencia n. 188 de 1980, en *Foro It.*, I, 1980, pp. 318 ss.

el art. 6 del Tratado de Ámsterdam que inserta el Convenio entre los principios jurídicos generales de la Unión.<sup>40</sup>

La diversidad entre los dos sistemas (comunitario y convencional) es confirmada también por el diverso papel desempeñado por los jueces ordinarios. En el ordenamiento europeo, los jueces nacionales acuden al Tribunal de Justicia siempre que surge un problema relativo a la interpretación del derecho comunitario, y sus sentencias producen efectos inmediatos en el ordenamiento interno. La adecuación del derecho nacional al ordenamiento comunitario se concreta de este modo a través de un sistema jurisdiccional integrado, en el cual los jueces nacionales dialogan directamente con el Tribunal de Justicia. En cambio, en el sistema del Convenio, el juez nacional debe resolver los problemas planteados por la interpretación de las disposiciones del Convenio sin entrar en contacto con el Tribunal de Estrasburgo, el cual se posiciona exclusivamente como “un tribunal de derechos”. La ausencia de todo vínculo de tipo procesal con la jurisdicción supranacional deriva, por otra parte, del carácter residual de la competencia del TEDH: solo cuando se han agotado todos los remedios jurisdiccionales internos, el individuo puede acudir a Estrasburgo para obtener la tutela de un derecho propio. De la premisa que excluye la posibilidad de considerar al CEDH asimilable al derecho comunitario se deducen, pues, una serie de consecuencias, entre las cuales y en primer lugar, que los jueces nacionales no pueden inaplicar la ley en el caso de contraste, no subsanable por vía interpretativa, entre esta y el CEDH. La hipótesis de la inaplicación de la ley es en todo punto excepcional en el ámbito del sistema de fuentes italiano, permitida solo en el caso de un contraste de la ley nacional con los reglamentos comunitarios y con las normas, siempre comunitarios, dotados de efectos directos.<sup>41</sup> La naturaleza no difusa del juicio de constitucionalidad italiano, por otra parte, entraría en crisis por el poder de inaplicación de la ley a manos de los jueces. En caso de conflicto entre la norma interna y el Convenio, el juez no tiene otra alternativa que acudir a la Corte Constitucional. El CEDH se convierte así, de manera definitiva, en un parámetro de juicio. El Convenio puede ser adscrito entre las

---

<sup>40</sup> Sentencia del 12 noviembre 1969, C- 29/69, en *Racc.*, 1970, pp. 419ss. Una reconstrucción exhaustiva de las sentencias más importantes sobre derechos fundamentales se encuentra en CHITI; “Casi e materiali di diritto pubblico comunitario” Giappichelli, Torino, 1994, pp. 63ss.

<sup>41</sup> En la sentencia n. 170 de 1984, la Corte Constitucional afirmó: “Precisamente las disposiciones de la CEE que satisfacen el requisito de la aplicabilidad inmediata deben [...] entrar y permanecer en vigor en el territorio italiano, sin que la esfera de su eficacia pueda ser mermada por la ley ordinaria del Estado. No importa, al respecto, si esta ley es anterior o sucesiva. El reglamento comunitario fija, de todos modos, la disciplina del caso. El efecto de su vigencia no es, por tanto, el de caducar, en la acepción propia del término, la norma interna incompatible, sino de impedir que tal norma sea relevante para la definición de la controversia ante el juez nacional. En todo caso, este fenómeno debe ser distinguido de la abrogación o de todo otro efecto extintivo o derogatorio” del sistema italiano de las fuentes.

“normas interpuestas”, o sea, entre las fuentes diversas de las constitucionales que permiten una integración del parámetro de constitucionalidad.

De esta colocación sub-constitucional, pues, la Corte deduce la necesidad de que la eventual declaración de ilegitimidad de una ley pase a través de una ulterior verificación, representada por el análisis de la relación entre el CEDH y la Constitución. De modo que, antes de ser aplicada como parámetro, debe comprobarse que el CEDH no se halle en contraste con la Carta fundamental italiana en todas sus disposiciones y no solo por lo que se refiere a los principios supremos o fundamentales. Solo cuando se reconozca la compatibilidad con la Constitución, se podrá pasar a la fase del juicio de constitucionalidad/convencionalidad.<sup>42</sup> La Corte delinea de este modo una especie de “*controlimiti allargati*” (salvaguardias o contralímites ampliados) a la adhesión al CEDH. La presencia de *controlimiti* a la participación de la Comunidad internacional no es una novedad, dado que la apertura a los ordenamientos externos nunca ha sido pensada como algo ilimitado.<sup>43</sup> Desde los años sesenta del siglo pasado, la Corte Constitucional situó el límite de la inclusión de normas producidas por el derecho internacional (como, por ejemplo, por el derecho comunitario, o por los Pactos Lateranenses)<sup>44</sup> en el respeto de los principios supremos de la Constitución. De ahí que no

---

<sup>42</sup> PIGNATELLI; “Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 348/2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)”, en *Quad. cost.*, n. 1, 2008, pp. 140 ss; CICCONETTI; “Tipologia, funzione e grado delle norme interposte”, en. <[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)>.

<sup>43</sup> Desde la sentencia n. 98 de 1965, la Corte Constitucional ha elaborado la teoría de los *controlimiti* al derecho comunitario con base en la cual se reconoce la prevalencia del ordenamiento comunitario, en las materias de su competencia, sobre el estatal, pero solo en la medida en que el derecho comunitario no viole los principios fundamentales y los derechos inalienables reconocidos y garantizados en la Constitución italiana. Cfr. RUGGERRI, “Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali”, en <[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)>; RANDAZZO, “La teoria dei controlimiti rilettata alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?”, en <[www.dirittocomparati.it](http://www.dirittocomparati.it)>; TIZZANO; “Ancora sui rapporti tra corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali”, en *Dir. Un. Europ.*, n. 3, 2007, pp. 734 ss; GAMBINO; “La Carta e le Corti costituzionali: “controlimiti” e protezione equivalente”, en *Pol. Dir.*, n. 3, 2006, pp. 411 ss; CELOTTO, “I “controlimiti” presi sul serio”, en *Giust. amm.*, n. 4, 2005, pp. 892 ss.

<sup>44</sup> La Corte Constitucional en la sentencia n. 73 de 2001 ha resumido del siguiente modo el tema de los *controlimiti* a la apertura internacional del Estado: “La orientación de apertura del ordenamiento italiano en relación tanto con las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, cuanto con las normas internacionales convencionales encuentra los límites necesarios para garantizar su identidad y consiguientemente, sobre todo, los límites que se siguen de la Constitución. Esto es válido también en los casos en los que la misma Constitución ofrece, por lo que se refiere a la adaptación al derecho internacional, un fundamento específico, idóneo para dotar a las normas introducidas en el ordenamiento italiano de un particular valor jurídico.” Los “principios fundamentales del ordenamiento constitucional” y los “derechos inalienables de la persona” constituyen efectivamente el límite a la introducción tanto de las normas internacionales generalmente reconocidas a las que el ordenamiento jurídico italiano “se conforma” según el art. 10.1 CI (sentencia n. 48 de 1979), cuanto de las normas contenidas en tratados por los que se instituyen organizaciones internacionales que tienen las finalidades indicadas en el art. 11 CI o que deriven de tales organizaciones (sentencias n. 183 de 1973; 176 de 1981; 170 de 1984; 232 de 1989 e 168 de 1991). Y también las normas bilaterales con las que el Estado y la Iglesia católica regulan sus relaciones según el art. 7.2 CI, encuentran como obstáculos a su introducción en el ordenamiento italiano los “principios supremos del ordenamiento constitucional del Estado” (sentencias n. 30 y 31 de 1971; 12 y 195 de 1972; 175 de 1973; 16 de 1978; 16 y 18

toda la Constitución sea un dique al derecho internacional, sino solo sus normas fundamentales. Los *controli limiti* al derecho comunitario, por ejemplo, han sido objeto de una única decisión de la Corte en más de cincuenta años tras la integración europea.<sup>45</sup> O sea que los jueces no han apelado a la Corte para que ejercite concretamente este tipo de control, el cual se confirma como una hipótesis límite no solo en la teoría, sino también en la práctica. En el caso del CEDH, en cambio, la Corte Constitucional impermeabiliza más, por así decir, el ordenamiento italiano respecto de las normas externas, enfatizando el respeto de todas las disposiciones constitucionales. Este respeto parece destinado a construir un margen de maniobra a disposición de la Corte Constitucional misma, más que a fundamentar una eventual declaración de ilegitimidad del Convenio. Por tanto, la Corte, justamente para alejar el riesgo de una contradicción entre el ordenamiento nacional y el convencional que podría desembocar en una declaración de ilegitimidad del segundo, utiliza las técnicas de ponderación que permiten evitar la lógica del “todo o nada”.<sup>46</sup>

---

de 1982). Las normas de derecho internacional convencional carentes de un particular fundamento constitucional asumen, en cambio, en el ordenamiento nacional el valor conferido a ellas por la fuerza del acto que las recoge (sentencias n. 32 de 1999; 288 de 1997; 323 de 1989). Cuando tal ejecución ha sido dispuesta por ley, el límite constitucional vale en su totalidad, en la misma medida de lo que sucede en relación con cualquier otra ley. Sometiendo a control de constitucionalidad la ley de ejecución del tratado, es posible valorar la conformidad a la Constitución de este último (p. ej, sentencias n. 183 de 1994; 446 de 1990; 20 de 1966) y alcanzar eventualmente la declaración de inconstitucionalidad de la ley de ejecución, siempre que este tratado introduzca en el ordenamiento normas incompatibles con la Constitución (sentencias n. 128 de 1987; 210 de 1986)”, CANNIZZARO; *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1991.

<sup>45</sup> Se trata de la sentencia n. 232 de 1989 en la que la Corte Constitucional afirmó: “Es cierto que el ordenamiento comunitario –como ha reconocido esta Corte en las sentencias recordadas más arriba y en muchas otras– prevé un sistema amplio y eficaz de tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de los individuos, siendo el recurso incidental a la Corte de Justicia ex art. 177 del Tratado CEE el instrumento más importante; y no es menos cierto que los derechos fundamentales que se derivan de los principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros, constituyen, según la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea, parte integrante y esencial del ordenamiento comunitario. Pero esto no significa que se reduzca la competencia de este Tribunal para verificar, mediante un control de constitucionalidad de la ley de ejecución, si una norma cualquiera del Tratado, tal y como es interpretada y aplicada por las instituciones y los órganos comunitarios, se halla en contradicción con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, o atenta a los derechos inalienables de la persona humana. En esencia, lo que es sumamente improbable no es imposible; además, hay que tomar en consideración que por lo menos para la línea teórica general no podría afirmarse con certeza que todos los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional se encuentran entre los principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros y que por tanto estén comprendidos en el ordenamiento comunitario”. Al respecto, cf. CARTABIA, WEILER; *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 167 ss.

<sup>46</sup> BIN; *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 60 ss., subraya en qué modo la ponderación tiene el objetivo “de lograr una solución satisfactoria ante un conflicto de intereses: una solución que no pretende presentarse como único significado normativo extraíble del texto legislativo; antes bien y más precisamente, nada tiene que ver esta solución con el mundo de los significados y de los fundamentos hermenéuticos relativos, más bien pertenece al mundo de las decisiones y de las justificaciones retóricas relativas. La ponderación no pretende fijar un único significado atribuible a una disposición, sino determinar el punto de equilibrio entre los intereses en juego en el caso específico (lo que significa, sin embargo, que presupone una actividad interpretativa antecedente de reconstrucción y calificación de los intereses que deben conciliarse)”. Naturalmente el discurso sobre la ponderación se entrelaza con el discurso sobre la diferencia entre reglas y principios, según la conocida distinción ofrecida por DWORKIN; *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass, 1978, p. 24 ss., para quien las reglas ofrecen al intérprete solo la alternativa entre su aplicación o no aplicación (“rules are applicable in all-or-

La ponderación entre las obligaciones que derivan del CEDH y los otros intereses constitucionalmente protegidos, parece entonces funcional para evitar las soluciones más drásticas, y no necesariamente para favorecer el sistema supranacional. No es extraño que la Corte, después de haber subrayado que las normas del CEDH viven en la interpretación dada por Estrasburgo, sostenga que no se declarará la inconstitucionalidad de una ley italiana en todos los casos de contraste entre ambos sistemas de protección de derechos. Para la Corte, es necesario realizar una ponderación razonable entre los vínculos internacionales y la tutela de los otros principios constitucionales.

La utilización de la técnica de ponderación parece el caballo de Troya del que podría servirse la Corte para romper el monopolio interpretativo de Estrasburgo, que, por otra parte, afirma solemnemente. En efecto, la ponderación puede matizar el significado adoptado por la norma CEDH, mediante la confrontación y la interacción con las otras normas constitucionales que están en juego en la resolución del caso. La interpretación ofrecida por Estrasburgo, por tanto, pasa a formar parte del material normativo que los intérpretes tienen a su disposición para elaborar las reglas que se deben aplicar.<sup>47</sup>

#### **4. La aplicación condicionada de la jurisprudencia de Estrasburgo como expresión del margen de apreciación.**

El entrelazamiento entre estos dos últimos aspectos (la referencia a las decisiones de Estrasburgo para la determinación del significado del CEDH y la *aplicación condicionada* de esta jurisprudencia con respecto a los otros principios constitucionales) representa el punto de interés de la ulterior evolución de las relaciones entre cortes nacionales y supranacionales.

Por ejemplo, la jurisprudencia ordinaria se muestra en sintonía (salvo pocas excepciones) con las afirmaciones contenidas en las sentencias n. 348 y 349 de 2007 por lo que se refiere tanto a la colocación del CEDH en el sistema de las fuentes como norma interpuesta, como a la necesidad de elevar el juicio de inconstitucionalidad en las hipótesis de conflicto entre la ley interna y el CEDH. Sin embargo, se ha dado cierta intolerancia por parte de la jurisprudencia

---

*nothing fashion*”), mientras que los principios huyen de tal tipo de planteamiento rígido, siendo necesario tomar en consideración su peso (“*weight*”). En la doctrina italiana el debate sobre las teorías de Dworkin se encuentra bien ilustrado en BARTOLE; “In margine a ‘Taking rights seriously’ di Dworkin”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 1980, pp. 185 ss.

<sup>47</sup> Algunos autores han señalado, en efecto, que las normas del Convenio tienen, pues, que asumir simultáneamente una posición vertical de supremacía respecto de la ley, dada la posibilidad de utilizar el artículo 117.1 como vehículo para la introducción de las normas CEDH en el juicio de constitucionalidad, y una posición horizontal en relación con las altas normas constitucionales, con las cuales no solo no deben estar en conflicto, sino que deben alcanzar una armonización y equilibrio, RUGGERI; “La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007)”, en <[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)>.

ordinaria en relación con la necesidad de interpretar las normas del Convenio siguiendo lo afirmado por el Tribunal de Estrasburgo, sin poder ejercer la normal discrecionalidad en la interpretación de la norma que se debe utilizar como parámetro de juicio.<sup>48</sup>

La jurisprudencia puede efectivamente revelarse como difícil de utilizar cuando las decisiones supranacionales tienen como objeto un ordenamiento diverso al italiano, de modo que los jueces no encuentran en el razonamiento jurídico desarrollado por el Tribunal Europeo una consideración adecuada de los elementos y de las características del propio ordenamiento cuyo examen podría conducir a soluciones diversas. Además, en la jurisprudencia de Estrasburgo se observan también oscilaciones e incoherencias que no facilitan la determinación de la norma que debe aplicarse.

Así, en un examen de la praxis destaca, por ejemplo, la reacción del Tribunal Supremo a las reglas establecidas por el Tribunal de Estrasburgo en la compleja situación vinculada a la implementación de la ley Pinto, relativa al derecho a solicitar una justa reparación al daño derivado de la violación del derecho a la duración razonable de los procesos (ley n. 89 del 24 marzo 2001).<sup>49</sup> Hay una clara divergencia entre el Supremo y el TEDH por lo que se refiere al modo en que debe calcularse la suma de dinero que hay que atribuir al demandante víctima de un proceso demasiado largo. El Tribunal de Estrasburgo multiplica la suma correspondiente como justa reparación por todos los años de duración del proceso, mientras que el Supremo, aplicando la ley Pinto, considera en la multiplicación únicamente el periodo excedente al plazo razonable del proceso.<sup>50</sup> Aun cuando el Supremo ha examinado repetidamente esta

<sup>48</sup> Para una reconstrucción de la jurisprudencia ordinaria, cf. LAMARQUE; “Il vincolo alle leggi Statali e Regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune”, Relazione presentata al Seminario dal titolo “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, en <[www.cortecostituzionale.it.](http://www.cortecostituzionale.it/)>; CARLOTTO; “Giudici comuni ed obblighi internazionali dopo le sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale; un’analisi sul seguito giurisprudenziale (I Parte)”, en *Pol. Dir.*, n. 1, 2010, pp. 41 ss; íd.; “Giudici comuni ed obblighi internazionali dopo le sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale; un’analisi sul seguito giurisprudenziale (II Parte)”, en *Pol. Dir.*, n. 2, 2010, pp. 285 ss.

<sup>49</sup> El diálogo entre jueces ordinarios y el Tribunal de Estrasburgo se verificó precisamente a propósito de la ley Pinto dado que esta prevé un mecanismo de reenvío a los criterios establecidos por el TEDH para el cómputo de la reparación del daño (la jurisprudencia del Supremo afirma explícitamente que la aplicación directa en el ordenamiento italiano del artículo 6 CEDH “no puede alejarse de la interpretación que de la misma norma ofrece el juez europeo”, Cass., sez. un. civ., 26 enero 2004, n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341), cfr. GUAZZAROTTI; “La Cedu e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche”, en *Quad. cost.*, n. 3, 2006, pp. 493-494. En sentido análogo PIROLLO; “Profili di costituzionalità e questioni interpretative della legge Pinto in punto di ‘durata ragionevole. La prassi interna e l’orientamento della Corte di Strasburgo’”, en *Rass. Avv. Stat.*, n. 3, 2010, pp. 145 ss.

<sup>50</sup> Como bien reconstruye LAMARQUE; “Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali” cit., p. 37, semejante diferencia puede ser resumida así: “Por ejemplo, si un proceso que ha recorrido el primer y el segundo grado y Supremo, según la Corte Europea y el mismo Supremo, tiene una duración fisiológica de seis años (tres más dos más uno), pero ha durado efectivamente doce años, el Tribunal Europeo multiplicará la suma anual por doce, mientras que el Supremo, siguiendo la ley Pinto, multiplicará la misma suma por seis, con el resultado que la reparación equitativa decidida por el Supremo será más o menos la

diferencia, no ha sido nunca remitida a la Corte Constitucional por violación del CEDH. El Supremo ha siempre rechazado, como manifiestamente infundada, la cuestión de constitucionalidad propuesta por las partes, basándose en una serie de argumentos, entre los cuales destaca la idoneidad de la ley Pinto para garantizar una reparación equitativa.<sup>51</sup>

Por tanto, el Supremo, sustrayéndose a los limitados márgenes de maniobra que parecían quedarle tras las decisiones n. 348 y 349 de 2007, intervino sobre el parámetro de juicio que se debía utilizar mediante una operación de “adhesión con reserva” a la jurisprudencia de Estrasburgo. Los jueces, en substancia, no reenvían a la Corte Constitucional todas los supuestos de contraste entre la ley nacional y las normas del CEDH, sino que, ejerciendo una operación de filtro de las cuestiones de ilegitimidad, atribuyen a las obligaciones derivadas del Convenio un alcance compatible con el sistema italiano, valorando, en el razonamiento jurídico en la base de las decisiones, la peculiaridad del ordenamiento nacional. Por otra parte, este modo de proceder se halla en la línea del carácter subsidiario del sistema del Convenio que presupone que la garantía de los derechos debe darse ante todo en el plano nacional, en donde podrían perfectamente encontrarse otros modos de tutela, diversos de los impuestos por el CEDH, pero también satisfactorios.<sup>52</sup>

Además, el comportamiento de Tribunal Supremo permite una ponderación entre la jurisprudencia del TEDH y los otros preceptos constitucionales que implica a los dos polos del razonamiento (nacional e internacional). Las sentencias n. 348 y 349 de 2007, en cambio, parecían dibujar una ponderación en la que, dado por establecido el significado de las normas del Convenio en la interpretación no discutible de Estrasburgo, este significado era posteriormente relacionado con los otros principios de rango constitucional. Para el Supremo,

---

mitad de la que habría decidido el Tribunal Europeo en términos de satisfacción equitativa por la violación del derecho convencional.”

<sup>51</sup> Así, aunque con planteamientos y matices diversos Cass., sez. I civ., 3 enero 2008, n. 14; 10 enero 2008, n. 333, n. 334, n. 335 e n. 336; Cass., sez. I civ., 22 enero 2008, n. 1347, n. 1348, n. 1349, n. 1350, n. 1351, n. 1352, n. 1353 e n. 1354; Cass., sez. I civ., 11 aprile 2008, n. 9729 e n. 9730; 2 octubre 2008, n. 24460; 21 enero 2009, n. 1561; 30 marzo 2009, n. 7611.

<sup>52</sup> El Tribunal de Estrasburgo, por su parte, ha afirmado que un Estado miembro del Convenio dispone de un “margen de apreciación para organizar una vía de recurso interna de manera coherente con el propio sistema jurídico y sus tradiciones, de conformidad con el nivel de vida de su nación”, y ha añadido que “la circunstancia que el método de cálculo de la indemnización prevista en el derecho interno no se corresponda exactamente con los criterios establecidos por el Tribunal no es decisiva, desde el momento en que los jueces [en aplicación de la ley, LC] Pinto llegan a acordar sumas no irrazonables respecto a las acordadas por el Tribunal en casos similares”, Corte eur. dir. uomo, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03, par. 30, cfr. CIUFFETTI; “La legge n. 89 del 2001 a Strasburgo, tra luci della ribalta e prove di resistenza: dalla decisione Brusco c. Italia del 6 settembre 2001 alla sentenza Simaldone c. Italia del 31 marzo 2009”, en <[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)>; DE VITO; “La Corte europea dei diritti dell’uomo di pronuncia ancora sul malfunzionamento della legge Pinto, ma ne ribadisce l’effettività ex art. 13 CEDU”, en *Dir. Pubb. Comp. Europ.*, 2009, pp. 1111 ss. Lamarque subraya cómo ha sido “premiada la incansable voluntad del Supremo de defender el criterio de cálculo de los años de proceso indemnizables previsto por la ley Pinto, considerado más adecuado al ordenamiento italiano que el impuesto por Estrasburgo”; “Il vincolo” cit., p. 46.

por el contrario, la misma jurisprudencia de Estrasburgo puede ser objeto de interpretación para armonizarla en gran parte con el sistema constitucional interno. La valoración de las peculiaridades del ordenamiento italiano por parte de jueces internos es así otro aspecto del margen de apreciación dejado a los Estados miembros en cumplimiento de las obligaciones del Convenio.

Las eventuales tensiones que semejante margen de apreciación de naturaleza jurisprudencial puede producir en la relación entre los jueces ordinarios y la Corte Constitucional, de una parte, y el Tribunal de Estrasburgo, de la otra, no son fácilmente resolubles mediante las técnicas utilizadas en el sistema italiano para superar la así llamada guerra entre las dos cortes (Supremo y Constitucional) de los años setenta: la interpretación conforme a la Constitución y el *derecho viviente*.<sup>53</sup> La Corte Constitucional, mediante el respeto al derecho viviente, o sea, el derecho tal y como es interpretado y aplicado en el curso del tiempo por las magistraturas supremas, no viene a sustituir al Tribunal Supremo, titular del deber de garantizar la aplicación uniforme del derecho.<sup>54</sup> La posibilidad de adoptar una sentencia interpretativa, por ejemplo, se restringe cuando la norma sometida al juicio de inconstitucionalidad es expresión del *derecho viviente*. En este caso, aun si permanecen márgenes para interpretar diversamente la disposición objeto de juicio, la Corte Constitucional no se sirve de esta oportunidad, adecuándose en cambio al recorrido interpretativo seguido por los jueces, y sancionando la ilegitimidad de la norma, considerada inconstitucional.

La interpretación conforme a la Constitución, por su parte, solicita a los jueces que eleven la cuestión de ilegitimidad si y solo si no se puede dar una lectura de la ley compatible con la Constitución. En caso contrario, la cuestión propuesta resulta inadmisible.<sup>55</sup> Así, se conmina a

<sup>53</sup> Se hace referencia a la contraposición entre el Tribunal Supremo y la Corte Constitucional en relación a las sentencias constitucionales interpretativas de rechazo. La Corte Constitucional había afirmado, desde 1965, que el contenido de la norma impugnada, presupuesto de la cuestión de inconstitucionalidad, era competencia de la propia Corte Constitucional (n. 11 de 1965), mientras que los jueces, *in primis*, el Tribunal Supremo, rechazan seguir el significado impuesto por la Corte Constitucional, cfr. GRANATA; “Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutica e controllo di legittimità – linee evolutive della giurisprudenza costituzionale”, en *Foro it.*, 1998, I, 14ss. La Corte Constitucional cambió su orientación en la sentencia n. 128 de 1975, donde afirmó, en cambio, que la interpretación de la ley es esencialmente deber de los jueces.

<sup>54</sup> La expresión “derecho viviente” se encuentra por primera vez en la jurisprudencia constitucional en la sentencia n. 11 de 1981, cfr. PUGIOTTO; *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Giuffrè, Milano, 1994; MORELLI; “Il “diritto vivente” nella giurisprudenza della corte costituzionale (materiali per una ricerca sulle dinamiche evolutive della norme giuridica e per una rilettura del ruolo della “interpretazione” dei giudici in chiave di certazione e non di creazione del diritto”, en *Giust. civ.*, n. 4, 1995, pp. 169 ss ANZON; “Corte costituzionale e diritto vivente”, en *Giur. Cost.*, n. 2, 1984, pp. 305 ss; ZAGREBELSKY; “La dottrina del diritto vigente”, en *Giur. Cost.*, n. 6, 1986, pp. 1148 ss.

<sup>55</sup> A partir de 1998, la Corte Constitucional desarrolla este ulterior requisito de la cuestión de legitimidad, cfr. MODUGNO; “Sul problema dell’interpretazione conforme a Costituzione. un breve excursus”, en *Giur. It.*, 2010, pp. 1961 ss; SORRENTI; “Dinamiche dell’interpretazione conforme tra Corte Costituzionale e Corte di cassazione”, en *Studium Iuris*, n. 3, 2008, pp. 284 ss; LUCIANI; “Le funzioni sistemiche della Corte

los jueces a que sean los primeros en utilizar el texto constitucional, sirviéndose de sus capacidades hermenéuticas, y que se dirijan a la Corte solo si no es posible dar a la ley un significado en armonía con la Carta. Ambas técnicas, que manifiestan una voluntad de colaboración entre los jueces y la Corte Constitucional, así como de respeto de los respectivos ámbitos de competencia, son problemáticamente transferibles al caso del CEDH.

La jurisprudencia de Estrasburgo (el derecho viviente supranacional) puede resultar difícilmente aplicable en virtud del carácter concreto del juicio que ancla la sentencia a la especificidad del caso, eventualmente distante de las características del ordenamiento italiano. En estos casos es fácil imaginar que les queden a los jueces nacionales espacios de discrecionalidad en la interpretación y aplicación de la regla convencional. En el derecho viviente nacional, en cambio, hay una orientación clara y constante de las magistraturas supremas en la interpretación de un determinado texto normativo italiano. ¿Cómo se podría aplicar este esquema, que produce una norma coherente en el interior de nuestro ordenamiento, a la relación entre los jueces nacionales (constitucionales y ordinarios) y el Tribunal de Estrasburgo, si el precedente tiene que ver con un ordenamiento diverso? No es casual que la Corte italiana haya declarado muy raramente la ilegitimidad constitucional de una ley interna a partir de la jurisprudencia del TEDH, fruto de un recurso en el que estaba implicado otro Estado miembro del Convenio. Con todo, en tales situaciones las decisiones del Tribunal Europeo son expresión de principios ya presentes en nuestro sistema. Las sentencias n. 187 de 2010, sobre la previsión social para los extranjeros, y la n. 196 de 2010, sobre la aplicación retroactiva de la medida de confiscación del vehículo por el delito de conducir en estado de ebriedad, por ejemplo, han sido resueltas con ayuda de principios fijados por la jurisprudencia de Estrasburgo, pero los derechos invocados en el juicio estaban perfectamente tutelados por la misma Constitución (el principio de no discriminación entre ciudadanos y extranjeros en el disfrute de los derechos fundamentales), o habían sido ya objeto de intervención por parte de la Corte Constitucional (n. 29 de 1961, n. 53 de 1968, n. 68 de 1967, n. 447 de 1988, n. 345 de 2007), por lo que, muy probablemente, se habría alcanzado la misma decisión con independencia de la invocación al CEDH.

---

Costituzionale oggi e “l’interpretazione conforme a”, en *Il Foro Amm T.A.R.*, n. 7-8, 2007, pp. 87 ss; CONTI; “Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l’interpretazione conforme”, en *Pol. Dir.*, n. 3, 2007, pp. 377 ss; ANZON; “Il giudice “a quo” e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente”, en *Giur. Cost.*, n. 2, 1998, pp. 1082 ss; RUGGERI; “Alla ricerca del fondamento dell’interpretazione conforme”, en <[www.forumcostituzionale.it.](http://www.forumcostituzionale.it/)>; ROMBOLI; “Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge”, en <[www.associazionedeicostituzionalisti.it.](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/)>

El derecho viviente representa, además, el objeto del juicio de inconstitucionalidad, o sea, la ley tal y como vive efectivamente en el ordenamiento italiano a través de su interpretación consolidada en el tiempo. De este modo, el derecho viviente es una interpretación de la ley que se considera coherente con la totalidad del sistema de normas en que se halla insertada. La jurisprudencia del TEDH, en cambio, contribuye a la determinación del parámetro del juicio de inconstitucionalidad cuyo significado normativo, elaborado en el contexto de una decisión del Tribunal de Estrasburgo, debe ser, así pues, insertada en el texto constitucional italiano, en donde podrá, a su vez, ser ponderada con los otros principios presentes en la Carta. El significado y el alcance de la norma parámetro, por tanto, no puede ser establecido unilateralmente en Estrasburgo.

La construcción de esta nueva figura de parámetro interpuesto, realizada en las decisiones n. 348 y 349 de 2007, evidencia las dificultades derivadas de la aplicación de una regla cuya especificación está casi enteramente en manos del ejercicio de la jurisprudencia. Este tipo de norma interpuesta se distingue de otros casos, también previstos por la Carta Constitucional, como por ejemplo, la ley de delegación, elemento de confrontación para el decreto legislativo del gobierno, o la norma estatal de principio, elemento de juicio para la ley regional. En estos hay un acto normativo escrito que debe ser interpretado y aplicado siguiendo las reglas normales de la interpretación (textual, sistemática, etc.). En el caso del CEDH, en cambio, el proceso de determinación de la norma-parámetro es más complejo. Las decisiones de Estrasburgo enuncian reglas que, con frecuencia, no están explícitamente escritas en el texto del CEDH, pero que se pueden deducir de él, y que han sido efectivamente deducidas tras una lenta y progresiva elaboración jurisprudencial. En la elaboración del parámetro interpuesto, tal y como ha sido construido en las decisiones n. 348 y 349 de 2007, el texto escrito pierde cuerpo ante el creciente papel desempeñado por la jurisprudencia de Estrasburgo. El parámetro que efectivamente se aplica en muchos casos es justamente la jurisprudencia que, a su vez, deberá ser trasladada al contexto jurídico de referencia. Se verifica de este modo un desplazamiento, en la producción de normas, desde la representación popular al poder jurisdiccional.<sup>56</sup> Un desplazamiento que es expresión de una tendencia propia de los actuales sistemas constitucionales,<sup>57</sup> y que se maximiza en el caso del CEDH, como resulta evidente

<sup>56</sup> Para todos, LUCIANI; “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, en *Giur. Cost.*, n. 2, 2006, pp. 1643 ss; ROLLA; “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali”, en *Quad. cost.*, n. 3, 1997, p 417 ss.

<sup>57</sup> LAMARQUE; “L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali”, en *Quad. Cost.*, n. 2, 2008, pp. 269 ss. En donde se reconstruye el transcurso de la interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 del Código Civil italiano. El Tribunal Supremo (sentencias del 31 de mayo 2003, n. 8827 y 8828) afirmó que el daño no patrimonial sancionado por el artículo 2059 debe ser leído a la luz de la Constitución, y por tanto debe poder

dado, de una parte, el rol desempeñado por el Tribunal de Estrasburgo en la determinación del parámetro y, de la otra, el de la Corte Constitucional en su aplicación y modulación respecto al caso objeto de juicio.

Este desplazamiento no plantea los habituales problemas de la aplicación directa de la Constitución por parte de la magistratura.<sup>58</sup> En el caso de la interpretación constitucional hay siempre un texto escrito que, siendo superior al resto del ordenamiento por él encauzado y limitado en sus posibles desarrollos, contiene todos los elementos necesarios para que los intérpretes, utilizando las técnicas hermenéuticas normales, determinen la regla del caso. Las normas constitucionales, fruto de interpretaciones y sedimentaciones activas en la jurisprudencia, están insertadas en un texto que considera globalmente derechos, libertades, deberes, intereses generales, fines comunes. Por tanto, la argumentación jurídica en la base de las decisiones examina los diversos principios constitucionales implicados, cuya integración recíproca ha sido parcialmente ya delineada por la Carta Constitucional y, ulteriormente, por la ley. En cambio, en el caso del CEDH, esta completa visión relativa al ordenamiento no existe, de modo que el Tribunal de Estrasburgo tiene que aplicar más simplemente una “Carta de derechos”<sup>59</sup>.

## **5. El conflicto entre la Corte Constitucional y el Tribunal de Estrasburgo sobre las leyes retroactivas.**

La problemática relación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Estrasburgo se ha puesto de manifiesto en un caso específico: las leyes de interpretación auténtica.<sup>60</sup>

---

tutelar también “los valores de la persona constitucionalmente garantizados”, superando la letra del art. 2059 que conecta el resarcimiento del daño a los “casos determinados por la ley”. Y la respuesta de GUZZAROTTI; “Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque”, en *Quad. Cost.*, n. 2, 2009, pp. 303 ss; cfr. también CARROZZA; “Introduzione” en GLENDON; *Tradizioni in subbuglio*, CARTABIA, CAROZZA (eds), Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. XI ss.

<sup>58</sup> Al respecto, BIN; “L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative”, en *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene Napoli, 2010, pp. 201 ss; ROMBOLI; “L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte Costituzionale e giudice comune”, en NAVARETTA, PERTICI (eds); *Il dialogo tra le Corti*, Plus, Pisa, 2004, pp. 25 ss; MORELLI; “L’applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali”, en *Giust. Civ.*, 1996, II, pp. 537 ss.

<sup>59</sup> Al respecto, cfr. DICKMANN; “Il giudice ed il crocifisso”, en <[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)>.

<sup>60</sup> Para definir este tipo de leyes, en el ordenamiento italiano se puede citar una decisión del Consejo de Estado que afirmó recientemente (Cons. St., Ad. Plen., 24 mayo 2011, n. 9) que el Parlamento puede adoptar una norma de interpretación auténtica “con el efecto propio de los vínculos retroactivos”, si “el significado de la norma interpretada [...] se halla entre las posibles variantes del sentido del texto originario, vinculando de este modo un significado que se podía adscribir a la norma anterior”. Las leyes de interpretación auténtica son, por tanto, compatibles con la Constitución en la medida en que están pensadas para superar la persistente incertidumbre objetiva sobre el significado de una norma. En doctrina, cfr., PUGIOTTO; *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2003; CARLI GIADINO; *Il legislatore interprete: problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997; G. Verde, *L’interpretazione autentica della legge*, Giappichelli, Torino, 1997.

El caso arrancó con el conflicto propiciado por la ley de interpretación auténtica sobre el tratamiento económico debido al personal ATA (personal administrativo, técnico y auxiliar) del sector de la escuela, transferido de las administraciones locales a las dependencias del Estado. El artículo 8.2 de la ley n. 124 de 1999 afirma que, en la transferencia de los trabajadores, el encuadramiento profesional debe permanecer inalterado. La norma objeto de la controversia enunciaba, en concreto, el reconocimiento “con fines jurídicos y económicos de la antigüedad alcanzada en el ente de procedencia”. Ulteriormente se cerró un acuerdo con las organizaciones sindicales (acuerdo ARAN), recogido en un decreto ministerial de implementación de la ley, que sustituía el criterio del reconocimiento de la totalidad de la antigüedad de los trabajadores trasladados por otro diverso y menos favorable, el así llamado “*maturato economico*”, que a grandes rasgos consistía en un cálculo de la antigüedad laboral que no reconocía todos los años reales de trabajo. El contencioso que se había desarrollado sobre la aplicación de la regla del *maturato economico* introducida por el decreto ministerial, había sido objeto de diversas sentencias del Tribunal Supremo en las que se afirmó que este cálculo estaba en contradicción con la ley n. 124 de 1999, inspirada en el principio de la antigüedad. En 2005, por ejemplo, el Tribunal Supremo rechazó todos los recursos del Estado confirmando en 15 sentencias el principio del reconocimiento pleno de la antigüedad alcanzada hasta el traslado<sup>61</sup> (el Consejo de Estado se había manifestado de manera análoga).<sup>62</sup>

Sobre este aspecto concreto interviene el artículo 1, 218 de la ley de interpretación auténtica n. 266 de 2005 que condiciona los juicios en curso, estableciendo no el criterio de la atribución de antigüedad completa, sino el del *maturato economico*, y restableciendo en esencia la regla que el controvertido decreto ministerial había hecho propia. Tras la entrada en vigor de la ley en cuestión, el Tribunal Supremo anuló todas las sentencias favorables a los dependientes ATA y rechazó todos los recursos presentados contra el Ministerio.

Algunos jueces han presentado cuestión de ilegitimidad de la ley de interpretación auténtica n. 266 de 2005, utilizando como parámetro interpuesto el artículo 6 del CEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha interpretado el principio del justo proceso introduciendo la prohibición para el legislador de interferir en la administración de justicia, con el objetivo de influenciar la resolución de las causas mediante la atribución a la ley de un significado que sitúa en una

---

<sup>61</sup> Cassazione, Sezione Lavoro, sentencias n. 4722 del 4 marzo 2005, n. 18652-18657 del 23 setiembre 2005, n. 18829 del 27 setiembre 2005.

<sup>62</sup> Sentencias n. 4142/2003 del 6 julio 2005 e n. 5371 del 6 diciembre 2006

posición ventajosa al Estado en la controversias en curso, con la única excepción de la presencia de razones imperativas de interés general.<sup>63</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional, con la sentencia n. 311 de 2009, rechaza las censuras de inconstitucionalidad con una resolución que, como veremos más adelante, será después puntualmente desmentida por el Tribunal de Estrasburgo.<sup>64</sup> El punto de partida de la decisión viene representado por la afirmación de que “no se puede fiscalizar la interpretación del Convenio Europeo ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo”. La Corte, a partir de esta premisa metodológica, no tiene otra salida que repasar la jurisprudencia del TEDH para delinear el alcance de la excepción mencionada relativa a intereses generales. Las sentencias a las que se refiere la Corte, sin embargo, tienen que ver con leyes adoptadas ante acontecimientos históricos únicos, como la reunificación alemana (*Forrer-Niederthal c. Alemania* del 20 febrero de 2003), o también a casos en los que la intención originaria del legislador era puesta en cuestión por normas presentes en circulares (sentencia del 23 de octubre de 1997, en el caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society c. Reino Unido*), o de errores técnicos en la formulación de la ley (sentencia del 27 de mayo de 2004, *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blance De Castille y otros c. Francia*).

Tras reconstruir el alcance de la excepción, la Corte recordó su propia jurisprudencia anterior, en concreto, la sentencia n. 234 de 2007, en la que ya se había ocupado de la ley n. 266 de 2005, confirmando nuevamente las razones para rechazar la cuestión de inconstitucionalidad. Reafirmó, así, la exigencia de armonizar el sistema retributivo de todos los empleados

<sup>63</sup> La Corte europea de Derechos Humanos, en la causa *Scordino c. Italia* n. 36813/1997, precisó que el derecho a un justo proceso que se halla en el art. 6 CEDH, si, de una parte, no asegura en el proceso civil la inmutabilidad de la norma que se debe aplicar a todos los procedimientos en curso, por otra parte, obliga al Estado a no ejercitar una injerencia normativa destinada a obtener una determinada solución a las controversias en curso, salvo que la intervención retroactiva esté justificada por “motivos imperiosos de carácter general”. El principio ha sido afirmado también en las causas: *Raffinerie Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, del 9 diciembre 1994; *Papageorgiou c. Grecia*, del 22 octubre 1997; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Reino Unido*, del 23 octubre 1997; *Zielinski e altri c. Francia*, del 28 octubre 1999; *Forrer-Niederthal c. Alemania*, del 20 febrero 2003; *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia*, del 27 mayo 2004; *Scanner de L’Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, del 21 junio 2007.

<sup>64</sup> Sobre la sentencia n. 311 del 2009 cfr. los comentarios de RUGGERI; “Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU”, en <[www.forumcostituzionale.it.](http://www.forumcostituzionale.it/)>; DICKMANN; “La legge di interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all’art. 6 della CEDU?”, en <[www.federalismi.it.](http://www.federalismi.it/)>; DE SERI; “Trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo Stato: interpretazione autentica “conforme” a CEDU”, en *Giur. It.*, n. 10, 2010, pp. 2011 ss; BORZAGA; “Norme di interpretazione autentica e giusto processo”, en *Diritti, lavori, mercati*, n. 2, 2010, pp. 469 ss; AVALLONE; “Personale ATA trasferito dagli enti locali allo Stato”, en *Riv. It. Dir. Lav.*, n. 2, 2010, pp. 389 ss; ROMBOLI; “In tema di trattamento economico del personale regionale trasferito alle province e del personale dell’ente locale trasferito allo Stato”, en *Foro it.*, n. 4, 2010, pp. 1081 ss; MASSA; “La “sostanza” della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive” en *Giur. Cost.*, n. 6, 2009, pp. 4679 ss.

estatales, independientemente de su procedencia, junto con la voluntad de acabar con un contraste jurisprudencial sobre la aplicación de la ley.

La Corte subraya que la determinación de los motivos imperativos de interés general debe ser dejada en manos de cada uno de los Estados contratantes que se encuentran en la posición más adecuada para evaluar los perfiles constitucionales, políticos, económicos, administrativos y sociales implicados en los casos concretos. Con este planteamiento, la Corte no hace otra cosa que recoger el margen de apreciación que, según el mismo Convenio Europeo, deja en manos de los Estados contratantes la competencia de tomar las decisiones necesarias, debiendo respetar el principio de razonabilidad (como en la sentencia *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society c. Reino Unido*, del 23 de octubre de 1997).

La sentencia de la Corte, sin embargo, no acaba con el contencioso que se había producido a propósito de la aplicación de la ley de interpretación auténtica n. 266 de 2005, como lo demuestra la sentencia *Agrati* emanada por el TEDH el 7 de junio de 2011.<sup>65</sup> Los recurrentes, empleados ATA de la provincia de Milán, insatisfechos con la resolución de su caso en sede nacional, y sirviéndose del carácter subsidiario del juez supranacional, se dirigieron a Estrasburgo sosteniendo la ausencia de motivos imperativos de orden general que justificaran la injerencia del Estado en la resolución de su controversia judicial. El Tribunal de Estrasburgo objetó a la posición de la Corte Constitucional italiana, sosteniendo que el Estado había violado el principio de la igualdad de armas, sancionado por el artículo 6.1 de el CEDH, promulgando una ley retroactiva con la finalidad de influenciar a favor propio el resultado de los procedimientos judiciales presentados por el personal ATA, y la autonomía de las funciones jurisdiccionales reservada al Tribunal Supremo, interfiriendo en la administración de la justicia.

Se verifica de este modo un caso de claro contraste entre las dos Cortes que, interviniendo sobre la misma ley, alcanzan decisiones divergentes.<sup>66</sup> Las resoluciones de los jueces del TEDH en el caso *Agrati* desmienten la compleja reconstrucción ofrecida por la Corte Constitucional, confirmando que la noción de proceso equitativo contenida en el art. 6 CEDH,

<sup>65</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Sez. II, sentencia 7 junio 2011, *Agrati e altri c. Italia*, al respecto MASSA; “*Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*”, en <[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)>

<sup>66</sup> FOA; “Un conflitto di interpretazione tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale”, en <[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)>; VALENTINO; “Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della corte europea dei diritti dell'uomo”, en <[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)>, n. 3/2012, pp. 1 ss.; GALLO; “Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU”, conferencia con ocasión de la Jornada de Estudio con otras cortes constitucionales, Bruselas, 24/12/2012, en <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>.

impide, salvo cuando se dan razones imperativas de interés general, la injerencia del legislador en la administración de la justicia con la intención de influenciar la resolución de una controversia. Para el Tribunal de Estrasburgo, “el objetivo indicado por el gobierno, o sea, la necesidad de llenar un vacío jurídico y eliminar la disparidad de tratamiento entre los empleados, en realidad perseguía únicamente la preservación del interés económico del Estado, reduciendo el número de las causas pendientes ante los jueces italianos”. En el caso de la ley que regula las condiciones económicas del personal ATA, transferido de las administraciones locales a las estatales, el TEDH no reconoce la presencia de motivos distintos de los que están vinculados a las exigencias de contención del gasto a cargo de la administración central (demostrado por el hecho de que habían pasado cinco años desde la adopción de la ley objeto de interpretación auténtica), reduciendo el número de las causas pendientes ante la autoridad judicial.

## **6. La intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el caso *Scattolon*.**

La situación, ya bastante inquietante dada la confrontación frontal entre las dos Cortes, se complicó aún más por el hecho de que el Tribunal de Justicia también intervino sobre la ley n. 266 de 2005. El Tribunal de Venecia, una de las instancias judiciales actuantes en el contencioso provocado por la aplicación de la ley de interpretación auténtica, presentó una doble cuestión prejudicial a la Corte Constitucional (en abril de 2006) y al Tribunal de Justicia (en febrero de 2010). El caso de la “doble prejudicial” se verifica cuando en el juicio de inconstitucionalidad de una ley se introduce una duda interpretativa referida al derecho comunitario.<sup>67</sup> En esta hipótesis, el juez debe primero dirigirse al Tribunal de Justicia, y posteriormente a la Corte Constitucional, pues, en caso contrario, la cuestión de inconstitucionalidad resulta inadmisible. El juez, por tanto, cuando tiene que aplicar una ley que afecta a un ámbito regulado por el derecho comunitario (mediante un reglamento, directiva u otra norma eventualmente aplicable), debe antes establecer correctamente la

<sup>67</sup> GHERA; “Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente della Corte di Giustizia”, en *Giur. Cost.*, n. 2, 2000, pp. 1193 ss; CARTABIA; “Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale”, en *Foro it.*, 1997, n. 7-8, p. 222. Debe recordarse que la Corte Constitucional desde la sentencia n. 13 de 1960 excluyó la posibilidad de elevar un reenvío prejudicial a Tribunal de Justicia, solicitando que fueran los jueces los que lo realizaran (cfr. CARTABIA; “La Corte Costituzionale italiana ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia”, en N. ZANON (ed.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006, pp. 99 ss). Planteamiento que fue posteriormente superado con el histórico auto n. 103 de 2008 con el que la Corte Constitucional por vez primera planteó un reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, al respecto, cfr. BARTOLE; “Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti”, en *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 898; CARTABIA; “La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo”, en *Giur. Cost.*, n. 2, 2008, 1312; CANNIZZARO; “La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE: l’ordinanza n. 103 del 2008”, en *Riv. Dir. Int.*, n. 3, 2008, p. 789.

relación entre la norma interna y la comunitaria. Cuando ha resuelto este aspecto, también mediante la ayuda del Tribunal de Justicia, puede acudir a la Corte Constitucional.

El sentido de esta exploración cronológica (primero la remisión al Tribunal de Justicia, y solo después a la Corte Constitucional) se vincula con los requisitos de relevancia y de no manifiesta falta de fundamento propios de la cuestión de inconstitucionalidad, o sea, el hecho de que el juez debe motivar la necesaria aplicación de la ley para la resolución de las cuestiones y las dudas sobre su legitimidad. Por ejemplo, la relación entre una ley y una norma comunitaria directamente aplicable, puede dar lugar, como se ha recordado, a la inaplicación de la ley interna por contraste con la europea, desapareciendo así el requisito de la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad.<sup>68</sup> En cambio, en el caso que estamos examinando, el Tribunal de Venecia, invirtiendo el orden, acudió primero a la Corte Constitucional y, después, al Tribunal de Justicia.

Según el Tribunal de Venecia, la norma de interpretación auténtica se contrapone a la interpretación ya consolidada de la ley precedente, incidiendo de manera retroactiva en los juicios en curso, sin respetar los principios de razonabilidad y de certeza de las situaciones jurídicas, invadiendo así la esfera reservada al poder judicial (violando así los artículos, 24, 101, 102, 103, 104 y 113 CI). La Corte Constitucional, con el auto n. 212 de 2008, rechaza la cuestión de legitimidad de la ley de interpretación auténtica, retomando las afirmaciones ya contenidas en la sentencia n. 234 de 2007 (las mismas que se encontrarán en la base de la ya recordada sentencia n. 311 de 2009). En esencia, la Corte reafirmó su jurisprudencia relativa a la ley de interpretación auténtica con base en la cual “no es decisivo verificar si la norma censurada tiene un carácter efectivamente interpretativo (y sea por tanto retroactiva) o si es innovadora con eficacia retroactiva. De hecho, la prohibición de retroactividad de la ley, si bien constituye un valor fundamental de la civilización jurídica, y es principio general del ordenamiento al que el legislador ordinario debe en principio atenerse, no ha sido elevada a dignidad constitucional, excepto en materia penal con base en el artículo 25 de la Constitución”.<sup>69</sup> El legislador, por tanto, puede tanto emanar leyes de “interpretación auténtica” que aclaran el significado de la norma interpretada, atribuyéndole un contenido

<sup>68</sup> Otro caso en el que un juez elevó una “doble prejudicial” (constitucional y comunitaria), pero en esta ocasión simultáneamente, es el del Tribunal de Milán, resuelto con la sentencia de la Corte Constitucional del 11 de marzo de 2009, n. 86 de 2009, y con la sentencia del Tribunal de Justicia del 17 de marzo 2009, C-217/08, sobre los derechos económicos correspondientes, en caso de muerte del conviviente, al *partner* superviviente. Otro caso parecido es el resuelto por la Corte Constitucional con el auto n. 85 de 2002, en el que, sin embargo el juez al reenviar la cuestión a la Corte Constitucional declaró haber elevado al mismo tiempo una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, permitiendo así a la Corte Constitucional declarar la inadmisibilidad de la cuestión.

<sup>69</sup> Sobre la irretroactividad de las leyes, cfr LUCIANI; “Il “principio di sincerità” nella giurisprudenza costituzionale italiana”, en *Pol. Dir.*, n. 4, 2010, pp. 597 ss., y bibliografía incluida.

normativo que ya se hallaba en la norma interpretada, como adoptar “normas innovadoras con eficacia retroactiva” con el límite de una justificación adecuada en el plano de la razonabilidad y de la ausencia de un contraste con otros principios e intereses constitucionalmente protegidos. En definitiva, si no hay presupuesto para que una ley sea calificada de interpretación auténtica, esa ley puede muy bien ser adscrita entre las leyes retroactivas, visto que ambas hallan en el control de razonabilidad su respectivo límite de constitucionalidad.

Para la Corte Constitucional, la ley n. 266 de 2005 se puede calificar de interpretación auténtica, en tanto que resulta plausible que de la ley se den diversas interpretaciones, como la del “*maturato economico*” (hecha propia por el, ya mencionado, decreto ministerial de implementación). Sin embargo, aun si se quisiera excluir el carácter interpretativo de la disposición censurada, y admitir el innovador con eficacia retroactiva, las conclusiones no serían distintas. La razonabilidad de la elección legislativa deriva de una pluralidad de factores, como la presencia de la regla del *maturato economico* en el ordenamiento italiano ya desde los años ochenta; o el principio de la “invariabilidad del gasto” presente en la ley interpretada;<sup>70</sup> o la voluntad de armonizar los niveles retributivos de los trabajadores dependientes del Estado. Justamente el mantenimiento de la invariabilidad del gasto, por otra parte, condujo cuando se cerró el convenio colectivo sindical (el mencionado acuerdo ARAN) a acoger un mecanismo de valoración de la antigüedad laboral basado en el *maturato economico*.

La Corte concluye que no hay ninguna violación de la imparcialidad de la administración pública, ni del ejercicio de la función jurisdiccional, dado que ambas funciones operan en un nivel diverso al del poder legislativo de interpretación auténtica (véanse las sentencias n. 341 y 26 de 2003). En efecto, no se puede configurar a favor del juez una competencia exclusiva en el ejercicio de la actividad hermenéutica, que obstruya la interpretación operada por el legislador, en cuanto la atribución por ley de un determinado significado normativo no perjudica el poder interpretativo de los jueces, sino que define y delimita su campo de operación.

El Tribunal de Venecia, tras la sentencia de rechazo de la cuestión por parte de la Corte Constitucional, acudió al Tribunal de Justicia para interpretar la directiva del 14 de febrero 1977, 77/187/CEE, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresa. El núcleo de la cuestión viene representado por la posibilidad de

---

<sup>70</sup> La Corte subraya que, para atribuir a los trabajadores trasladados un tratamiento más favorable del previsto, habría sido necesaria, con base en el artículo 81.4 CI, una cobertura financiera de estos gastos.

enmarcar la transferencia de los trabajadores ATA, de la dependencia de los entes locales a la del Estado, como una transferencia de orden empresarial, para extender a los trabajadores transferidos las garantías previstas por la directiva.

El Tribunal de Justicia (sentencia 6 de setiembre 2011, C-108/10) intervino, tras las dos sentencias de la Corte Constitucional (n. 212 de 2008 y 311 de 2009) y tras la sentencia de Estrasburgo (*Agrati*), destacando que en el caso a examinar no hay razones por las que los empleados públicos, sujetos a una transferencia en el seno de la administración pública, no puedan disfrutar de la tutela ofrecida por la directiva 77/187.<sup>71</sup> Más bien al contrario, se confirma que, en caso de que se acogiera una interpretación restrictiva de la directiva, cualquier transferencia podría sustraerse a las garantías ofrecidas por el derecho comunitario, con base en la mera circunstancia de que la transferencia forma parte de una restructuración de personal. De modo que los Estados mantienen el poder de racionalizar sus respectivas administraciones públicas, pero no pueden atribuir a los trabajadores, a causa del mero paso a otro empleador, una posición menos favorable de la que ocupaban anteriormente. En esencia, la finalidad de la directiva es justamente la de impedir que los trabajadores se encuentren en una situación desventajosa por el solo hecho de haber sido transferidos (sentencia de 26 mayo 2005, causa C-478/03, *Celtec*, punto 26, auto 15 septiembre 2010, causa C-386/09, *Briot*, punto 26).

El Tribunal de Justicia afirmó que la normativa italiana se contrapone a la comunitaria y no puede ser aplicada sobre la base de un razonamiento centrado exclusivamente en la directiva 77/187, sin que se tome en consideración como parámetro el artículo 6 de el CEDH, también señalado por el juez en el reenvío, y objeto de análisis en las conclusiones del abogado general Bot. En todo caso, la normativa italiana no pasa el examen ni del Tribunal de Estrasburgo, ni del de Luxemburgo, que parecen compartir la necesidad de que la ley no sea aplicada.

---

<sup>71</sup> La Corte reconstruye, en primer lugar, la noción de “empresa” contenida en la directiva 77/187 como “cualquier entidad económica organizada establemente, prescindiendo del estatus jurídico y de las modalidades de financiación de la misma”. En tal noción cabe, por tanto, “cualquier conjunto de personas y elementos que permita el desarrollo de una actividad económica que persiga un objetivo propio y que sea suficientemente estructurada y autónoma”. En el caso que nos ocupa, el grupo de trabajadores que debían ser nuevamente dados de alta por el Estado está constituido por el personal ATA de los entes locales que trabajaba en las escuelas públicas, cuya actividad consiste en garantizar los servicios auxiliares de las escuelas (como la limpieza, el mantenimiento de los locales, la asistencia administrativa). Con base en la jurisprudencia comunitaria “cualquier conjunto suficientemente estructurado y autónomo de personas y elementos que permita el desarrollo de una actividad económica destinada a un objetivo propio constituye una ‘empresa’”. A los trabajadores de la ATA, por tanto, les es aplicable la directiva puesto que desarrollan una actividad de carácter económico y han sido concebidos como un conjunto estructurado de trabajadores dependientes.

La convergencia entre ambos Tribunales supranacionales no es una novedad. Justo en los últimos años se ha asistido a una creciente “coordinación espontánea” entre Estrasburgo y Luxemburgo.<sup>72</sup> Tras una fase inicial de sustancial autonomía interpretativa del CEDH por parte del Tribunal de Justicia, que llega hasta finales de los años ochenta, se asiste a un progresivo acercamiento entre los dos Tribunales, conscientes de poder ser solicitadas para intervenir sobre cuestiones análogas, como lo demuestra, entre otros, el famoso caso de la prohibición irlandesa de hacer publicidad de las clínicas abortivas británicas (sentencia del 16 marzo 1988 *Society for the protection of the unborn child c. Open door counselling ltd.*, y sentencia del 4 octubre 1991, C-59/90, *Gogan*). Este caso expresa bien la diversidad originaria de ambos sistemas, uno nacido para garantizar los derechos fundamentales, el otro para realizar la integración económica, que se refleja en el diferente planteamiento de la misma cuestión: la prohibición de publicitar las clínicas abortivas como un límite a la manifestación del pensamiento compatible con una sociedad democrática, o bien como un límite a la libre circulación de los servicios en el interior de la Comunidad. La progresiva afirmación de la tutela de los derechos en el sistema comunitario, reconocidos inicialmente por los Tribunales de justicia, y después mediante el Tratado de Maastricht, acerca lentamente a los dos Tribunales que en muchas sentencias utilizan la respectiva jurisprudencia para fundamentar las propias decisiones.

El primer caso en el que el Tribunal de Justicia citó una sentencia del TEDH es el relativo a la prohibición de despido de un transexual con motivo del cambio de sexo (*P.v S.* del 30 abril 1996, C-13/94). El Tribunal de Justicia, en concreto, utilizó el CEDH para reconstruir la noción de transexualidad, necesaria para extender a estas personas la tutela antidiscriminación comunitaria. En el curso de los años se han multiplicado los casos de “valorización” de la jurisprudencia del TEDH. Baste pensar en la decisión *Familiarpres* (del 26 de junio 1997, C-368/95) sobre los límites a la libertad de prensa, en la que los jueces de Luxemburgo se remitieron a las decisiones de Estrasburgo referidas al artículo 10 CEDH para considerar compatible con el derecho comunitario la normativa nacional restrictiva de tal derecho; o el caso *Baustahlgewebe* (del 17 diciembre 1998, C-185/95) en el que se reconoce, a partir de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el curso razonable del proceso, la excesiva duración del procedimiento ante el Tribunal de primer grado. De este modo se inicia el juego de las citaciones recíprocas que ambos Tribunales desarrollan con el paso del tiempo, mediante un

---

<sup>72</sup> GENNUSA; “La CEDU e l’Unione Europea”, en CARTABIA (ed); *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 115 ss. Sobre la relación entre las dos Cortes, cfr. también REPETTO; “Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa”, Jovene, Napoli, 2012.

proceso bidireccional en el que el Tribunal de Estrasburgo se sirve también de la jurisprudencia luxemburguesa en materias de “clara experiencia comunitaria” (como son las relacionadas con el principio de paridad entre hombre y mujer en el ámbito de la Seguridad Social).<sup>73</sup>

El trayecto realizado por ambos Tribunales supranacionales persigue ahuyentar las posibles contradicciones en la tutela de los derechos, produciendo en ocasiones una importante sinergia. Se puede pensar, por ejemplo, en el caso, ya mencionado, de los derechos de los transexuales que se inició con la sentencia del Tribunal de Estrasburgo (*Goodwin c. Reino Unido* del 11 julio 2002) en la que se reconoce por vez primera el derecho al matrimonio de los transexuales con una lectura innovadora del artículo 12 del Convenio sobre el derecho a contraer matrimonio. Para fundamentar una interpretación del artículo 12 que prescindiera del sexo biológico de los aspirantes a matrimonio, el Tribunal de Derechos Humanos menciona la decisión del Tribunal de Justicia sobre el caso *P c. S* (que, a su vez, como se ha visto, se basaba en las sentencias de Estrasburgo), junto con el artículo 9 de la Carta de Niza.

Pocos años tras esta sentencia, el Tribunal de Justicia se encontró ante la necesidad de afrontar la compatibilidad con el principio de no discriminación garantizado por la Unión, de la legislación inglesa que no permitía que la señora K. B. se casase con su *partner* transexual, a causa de la imposibilidad de que este cambiara su sexo en el registro del estado civil, lo cual, consecuentemente, le impidió recibir la pensión de reversibilidad, atribuida solo a las parejas casadas. En esta sentencia los jueces comunitarios aplicaron la doctrina de la *incorporation* más allá de los confines conocidos hasta entonces (representados por actos nacionales que aplican o actúan para derogar el derecho comunitario) para sostener que la disciplina sobre el estado civil (una materia de competencia nacional) incide en una de las condiciones preliminares indispensables para el ejercicio del derecho comunitario.<sup>74</sup> En esta sentencia, el Tribunal de Justicia se sirve del precedente *Goodwin* del Tribunal de Estrasburgo para recordar que la prohibición de este matrimonio se halla en contradicción con el CEDH.

---

<sup>73</sup> GENNUSA; “La CEDU e l’Unione Europea” cit., pp. 121.

<sup>74</sup> ANSELMO; “I transessuali hanno diritto di sposarsi....e di ottenere la pensione di reversibilità”, en *Dir. Com. Scamb. Int.*, n. 4, 2004, pp. 719 ss; TRUCCO; “Transessuali e Regno unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici” en *Dir. Pubbl. Comp. Europ.*, n. 2, 2004, pp. 824 ss. Sempre su questo tema anche la decisione della corte di giustizia C-423/04, su cui LONGO; “La Corte di giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione della competenze statali”, en *Quad. cost.*, n. 3, 2006, pp. 581 ss; CARTABIA; “L’ora dei diritti fondamentali”, en *I diritti in azione* cit., pp. 51 ss.

La sinergia entre ambos tribunales, que se ha puesto de manifiesto también en sentencias más recientes,<sup>75</sup> muestra una tendencia a la colaboración cuyas razones pueden ser identificadas en el desarrollo del sistema comunitario. El comportamiento prudente y respetuoso del Tribunal de Justicia se enmarca en el interior de la evolución del ordenamiento europeo. El factor de legitimación que deriva de la garantía de los derechos fundamentales en un ordenamiento de nueva generación, como el europeo, parece evidente. No es casual que el reconocimiento y la tutela de los derechos humanos hubiera ganado espacio en el sistema comunitario en paralelo al crecimiento de las competencias y de las ambiciones de integración política. Baste recordar que la sentencia *Stauder* (C-29/69), que establece por vez primera que los derechos fundamentales, fruto de las tradiciones constitucionales comunes, son principios generales de derecho comunitario, fue adoptada en el mismo momento en el que, con la decisión *Van Gend* (C-26/62), se imponía la supremacía y la directa aplicabilidad de las normas comunitarias. La configuración del ordenamiento comunitario como un “ordenamiento de nueva generación” (siguiendo la definición dada en la decisión *Van Gend*), cuyos destinatarios no son solo los Estados, sino también los individuos, fue acompañada de la proclamación de la defensa de los derechos y de la igualdad también en este “nuevo” sistema jurídico que se estaba delineando. La supremacía del derecho comunitario encontraba de este modo una correspondencia en el plano de las garantías. La sentencia *Van Gend*, por otra parte, tiene que ver justamente con la aplicación de una de las prohibiciones de discriminación, en concreto por motivos de nacionalidad con base en el artículo 12 TCE, considerado por el Tribunal de Justicia como una disposición capaz de producir efectos directos, es decir, capaz de crear derechos y obligaciones directamente para los individuos, sin que sea necesaria la intervención del Estado. En el nuevo ordenamiento jurídico, nacido de los Tratados, por tanto, el efecto directo se convierte en la otra cara del reconocimiento de los derechos.

---

<sup>75</sup> Para la Corte di Estrasburgo, *Hornsby c. Grecia* del 25 febrero 1997, S.A. *Dageville c. Francia* del 16 abril 2002, SA *Cabinet Diot c. Francia* del 22 julio 2003 cfr. GENNUSA; “La CEDU e l’Unione Europea” cit. pp., 137 ss.

## **7. Dos Cortes, dos varas de medir. Divergencias entre Corte Constitucional y Corte de derechos.**

La Corte Constitucional italiana, en cambio, es renuente a aceptar una ciega adhesión a la jurisprudencia supranacional, como se demuestra a propósito de la interpretación auténtica.<sup>76</sup> Piénsese que ya antes de la decisión *Agrati*, la Corte Constitucional con la sentencia n. 1 de 2011 “salvó” de nuevo otra ley de interpretación auténtica relativa al cálculo de las pensiones de reversibilidad que inclinaba los procesos en curso a favor del erario público. Sin embargo, de nuevo en setiembre 2011 con la sentencia n. 257 (sobre el cálculo de las pensiones de los trabajadores agrícolas a tiempo definido) y en noviembre de 2011 con la decisión n. 303 (sobre el resarcimiento del daño debido al trabajador indebidamente contratado a tiempo definido), o sea, tras *Agrati*, la Corte Constitucional vuelve al asunto y de nuevo excluye el contraste con la Constitución y el Convenio de las leyes de interpretación auténtica. Parece casi un diálogo de sordos en el que la Corte Constitucional asume una posición de indiferencia por no decir de contraposición, respecto de la condena de Estrasburgo.

La Corte Constitucional, en la sentencia n. 257, reconstruye efectivamente la regla que impide la adopción de leyes que inciden en procesos en curso alterando su resultado a favor del Estado, de una manera muy lejana al espíritu de la jurisprudencia convencional. Destacando el hecho de que el Tribunal de Estrasburgo “aunque condena en numerosas ocasiones las injerencias indebidas del poder legislativo de los Estados en la administración de justicia, no ha pretendido enunciar una prohibición absoluta de injerencia del legislador, desde el momento en que en varias ocasiones ha considerado no contrarias al mencionado artículo 6 las intervenciones particulares retroactivas de los legisladores nacionales”. Por tanto, para la Corte Constitucional, la regla que se debe deducir de la decisión *Agrati* se formula a partir de su excepción, o sea, confirmando la presencia de un espacio dejado por el legislador para adoptar leyes con eficacia retroactiva. El contraste, a pesar de los equilibrios de la Corte Constitucional italiana, parece evidente. Mientras que, de una parte, el Tribunal de Estrasburgo no ha excluido de manera absoluta la posibilidad de leyes retroactivas, pero ha reducido en gran medida su ámbito, de la otra, la Corte Constitucional admite las leyes retroactivas a partir de un juicio de razonabilidad que se limita, en el caso de la interpretación auténtica, a considerar no contrarias a la Constitución las normas que simplemente asignan a

---

<sup>76</sup> Sobre la relación entre las dos Cortes cfr. también FROSINI; “Sui rapporti fra Corte EDU e Costituzione italiana”, en Scritti in onore di Alessandro Pace, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, III, pp. 2063 ss; CASTORINA; “Efficacia e valore della CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, ivi, pp. 1981 ss; SILVESTRI; “Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali”, en Studi in onore di Franco Modugno, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, IV, pp. 3406 ss.

la disposición interpretada un significado ya contenido en ellas, reconocible como una de las posibles lecturas del texto originario (entre otras, cfr. las [sentencias n. 162](#) y n. [74 de 2008](#)).

El conflicto entre la Corte Constitucional y el TEDH evidencia la diversidad “estructural” entre ambas Cortes. La primera está insertada en un sistema jurídico-institucional del cual no solo es parte, sino que contribuye a alimentarlo y a mantenerlo en equilibrio. No es sólo un “juez de derechos”, porque la función de garantía que debe cumplir se extiende a la totalidad de los principios constitucionales.<sup>77</sup> Si pensamos en la sentencia 348 de 2007 sobre la indemnización de expropiaciones, la ilegitimidad de la ley italiana deriva de la ausencia de un “vínculo razonable” con el valor venal del bien expropiado, tal y como se exige en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, la Corte subraya que el legislador no tiene el deber de commensurar íntegramente la indemnización de expropiación al valor de mercado del bien expropiado, dado que el artículo 42 CI prescribe a la ley el reconocimiento y la garantía del derecho de propiedad, destacando, al mismo tiempo sin embargo, su “función social” estrechamente vinculada con el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad económica y social, contenidos en art. 2 CI. Si se incrementaran fuertemente los niveles de gasto para realizar las expropiaciones en áreas destinadas a fines de interés público, se correría en efecto el riesgo de perjudicar la tutela efectiva de otros derechos fundamentales, también previstos por la Constitución como, por ejemplo, la salud, la instrucción o la vivienda.

La Corte, por tanto, se sirve del margen de apreciación en virtud del cual es legítimo que cada Estado se aleje de los estándares previstos generalmente por las normas CEDH, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Estrasburgo. El margen de apreciación es un instrumento que permite la tutela también de los otros principios constitucionales y que pone de manifiesto el rol diverso desempeñado por la Corte Constitucional respecto de una Corte de derechos. La Corte Constitucional, efectivamente, no solo forma parte de un sistema jurídico, sino que “hace” sistema con él, tomando en consideración las concretas realidades constitucionales, políticas, económicas, administrativas y sociales implicadas en cada caso.

Por ejemplo, cuando se ha tratado de las leyes de interpretación auténtica, la Corte ha prestado una atención especial al equilibrio presupuestario.<sup>78</sup> En más de una decisión resulta central la importancia que se da, en el juicio de razonabilidad, al “reequilibrio general de los recursos”.

<sup>77</sup> Para todos, LUCIANI; “Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”, en <[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)>; LUCIANI; “Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana”, en <[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)>

<sup>78</sup> Cfr. LUCIANI; “Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali”, en *Dir. Soc.*, n. 2, 2008, p. 160 ss

Sin embargo, no puede no resultar sorprendente que la defensa de las prerrogativas de la Corte Constitucional pase a través de la férrea insistencia en salvar leyes que, en razón de la contención del gasto público, inciden en procesos en curso de modo favorable al Estado y desfavorable para los derechos de los ciudadanos. Si en el caso de la determinación de la compensación económica por las expropiaciones (sentencia 348 de 2007), la justificación constitucional, basada en la utilidad social de la propiedad y en el vínculo de las expropiaciones con fines de interés general, evidenciaba la relación entre expropiación y cumplimiento de otros bienes constitucionales de importancia similar a la tutela de la propiedad, en el caso de las leyes de interpretación auténtica este nexo parece más huidizo.

El acento puesto por la Corte Constitucional en las exigencias presupuestarias no es una novedad en la jurisprudencia constitucional, pues ya se encuentra en las decisiones de los años noventa sobre “derechos condicionados financieramente” (expresión inaugurada por la sentencia n. 455 de 1990 sobre el derecho a la salud, con referencia especial a la posibilidad de limitar las prestaciones sanitarias, erogadas a favor de las personas ancianas no autosuficientes ingresadas en casas de reposo, a causa de las limitaciones en los recursos del servicio sanitario público).<sup>79</sup> La Corte Constitucional operó una distinción, en el marco del derecho a la salud, entre la defensa de la integridad físico-psíquica de la persona que puede ser objeto de conductas lesivas realizadas por otros, integridad que es un derecho directamente accionable por los individuos; y los tratamientos sanitarios que dependen sustancialmente de la “determinación de los instrumentos, y modos de actuación” por parte del legislador ordinario.<sup>80</sup>

En este último sentido, como todo derecho a prestaciones positivas, el derecho a la salud es garantizado a toda persona de manera condicionada “por la actuación que el legislador ordinario da de él mediante la ponderación de los intereses tutelados por ese derecho con otros intereses constitucionalmente protegidos”, tomando también en consideración los límites que se derivan de los recursos organizativos y financieros de los que se dispone.<sup>81</sup> En esencia, para la Corte Constitucional, la tutela de un derecho que exige la erogación de prestaciones por parte del Estado está sometida a una aplicación gradual que debe tomar en consideración la disponibilidad de los recursos necesarios.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Cfr. FERRARI, “Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità”, en *Le regioni*, n. 5, 1991, pp. 1513 ss;

<sup>80</sup> También las sentencias n. 142 de 1982, e n. 81 de 1966, 112 de 1975, 104 y 175 de 1982, 212 y 226 de 1983, 342 de 1985, 1011 de 1988.

<sup>81</sup> Sentencias n. 175 de 1982, 212 de 1983 y 1011 de 1988

<sup>82</sup> Sobre el control de la Corte sobre tal tipo de ponderación, cf., también las sentencias n. 27 de 1975, 226 y 559 del 1987, 992 de 1988, 319 de 1989, 127 y 298 de 1990.

Esta jurisprudencia se enmarca en un periodo histórico bien determinado, a inicios de los años noventa, caracterizado por la reducción del gasto social para paliar el grave desarreglo de las finanzas públicas. En este contexto se desarrolla la tesis de la *necesaria gradualidad de la actuación* de los derechos sociales y de la consideración “*de lo razonable y de lo posible*”<sup>83</sup>. Este planteamiento fue objeto de un amplio debate entre constitucionalistas sobre la aplicabilidad del vínculo establecido por el artículo 81, sección última, CI (con base en el cual las leyes que impliquen nuevos o mayores gastos a cargo de los presupuestos del Estado deben indicar los medios para satisfacerlos), a las sentencias de la Corte.<sup>84</sup> La tesis mayoritaria veía las exigencias del presupuesto como uno de los elementos que la Corte debía tomar en consideración en su juicio, pero no el único.<sup>85</sup> La doctrina, por ejemplo, subrayaba, para respetar los equilibrios del sistema, la posibilidad de utilizar técnicas de decisión, como las “*additive di principio*”, que dejaban abierto el campo a los órganos políticos.<sup>86</sup> Se puede afirmar aquí someramente, sin profundizar en el asunto, que el problema del costo de las sentencias parece que atiene más al papel desempeñado por la Corte en la forma de gobierno, que a las reglas del juicio.<sup>87</sup>

La posición de la Corte en el caso de la sentencia sobre los dependientes ATA parece, en cambio, que se inscribe no tanto en la dialéctica entre los órganos constitucionales, como en el interior de una forma de Estado, o también, para usar la expresión de Mortati, de la relación entre libertad y autoridad. Y es justamente en la relación entre gobernantes y gobernados que la decisión parece discutible, cuando menos por lo que se refiere al método, si no también en relación con el mérito.

En el caso de los derechos financieramente condicionados nos encontramos ante derechos a prestaciones (como es el caso de la salud) que dependen intrínsecamente de la posibilidad de gasto. La Corte, al valorar la elección legislativa, que expresa cierta ponderación entre tutela de derechos y exigencias financieras, no reconoce la violación de la Constitución. Este tipo de

<sup>83</sup> PANZERA; “I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali”, en Campanelli, Carducci, Grasso, Tondi della Mura (eds); *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 62.

<sup>84</sup> Cf. los Actos del seminario realizado en Roma, Palazzo della Consulta, 8-9 noviembre 1991, *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>85</sup> Se pronuncian a favor de la no aplicabilidad del art. 81, 4 CI., a las decisiones de la Corte, ONIDA, “Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento”, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c cit.*, pp. 19 ss.; LUCIANI; “Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte Costituzionale”, *ivi*, pp. 53 ss.; ZAGREBELSKY; “Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali”, *ivi*, pp. 99 ss; ROMBOLI; “Il principio generale di equilibrio finanziario nell’attività di bilanciamento dei valori costituzionali operato dalla Corte”, *ivi*, pp. 185 ss.

<sup>86</sup> ZAGREBELSKY; “Problemi in ordine ai costi delle sentenze” cit., p. 124 subraya que respecto a los derechos fundamentales “y a su medida irrenunciable no hay política [...] sino solo jurisdicción en nombre de la Constitución”.

<sup>87</sup> LUCIANI; *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte Costituzionale* cit., pp. 53 ss.

juicio ha sido aplicado también más recientemente en relación “con los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a derechos civiles y sociales” (frecuentemente abreviados con las siglas LEP, *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*), que el artículo 117, letra m CI, postula que deben ser garantizados en todo el territorio nacional.<sup>88</sup> La determinación de estos niveles es competencia exclusiva del Estado, mientras que su realización exige también la participación de los diversos entes locales, o sea, de las regiones, las provincias y los municipios. La Corte Constitucional ha intervenido con diversas sentencias sobre las leyes relativas a los LEP, mediante una jurisprudencia que permite una “*aplicación gradual*” de los derechos sociales. Se pueden recordar, entre otras muchas, la sentencia n. 111 de 2005 (sobre la contención del gasto por las prestaciones ambulatorias) en la que los jueces subrayaron que la exigencia de asegurar la universalidad y la exhaustividad del sistema sanitario italiano debía adecuarse a la limitación de las disponibilidades financieras, en el marco de una programación general de las intervenciones públicas. En este contexto se consideran admisibles los instrumentos previstos por el legislador para reducir la erogación de los servicios, aun cuando estos supongan que la “plenitud de la tutela sanitaria” sea limitada. De manera análoga, en la sentencia n. 203 de 2008 (sobre los tickets para pagar las prestaciones especialistas ambulatorias), la Corte sostuvo la necesidad de adoptar medidas eficaces de contención del gasto sanitario, tomando en consideración tanto el equilibrio de las finanzas públicas, como la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos fundamentales, entre los cuales está indudablemente el derecho a la salud. Finalmente, la sentencia n. 94 de 2009 confirmó la necesidad de compatibilizar el gasto sanitario con la disponibilidad financiera.<sup>89</sup>

La posición de la Corte se explica por el carácter “político” por excelencia de toda medida de (re)distribución de los recursos, que esencialmente corresponde al circuito representativo y al acuerdo entre el poder legislativo y el ejecutivo. Si los jueces constitucionales han declarado la inadmisibilidad o lo infundado de las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a las limitaciones de las prestaciones, esto se debe a que reconocen la discrecionalidad del legislador en este campo, solo limitada por la huidiza categoría del “contenido esencial del derecho”, que debe entenderse como el nivel mínimo de prestaciones constitucionalmente requeridas, por debajo de las cuales no está permitido caer.

<sup>88</sup> PANZERA; “I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali” cit., pp. 57 ss; D’ALOIA; “Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni”, en Le Regioni, n. 6, 2003, pp. 1063 ss ; LUCIANI; “I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione”, in Pol. dir., n. 3, 2002, 345 ss.

<sup>89</sup> Entre las muchas sentencias véanse n. [203 de 2008](#), n. [257 de 2007](#), n. [279 de 2006](#), n. [200 de 2005](#).

En el caso de las leyes de interpretación auténtica, en cambio, esta jurisprudencia no es fácilmente aplicable, vista la diversidad de los derechos que deben ser examinados. Como ya se ha visto, en el caso ATA, por ejemplo, hay una ley de 1999 que prescribe, en la transferencia de los dependientes públicos, cierta relación entre los derechos de los trabajadores y la capacidad de gasto del Estado. Esta ley fue modificada en 2005, por una intervención normativa retroactiva que cambió el equilibrio que se había creado entre las pretensiones subjetivas y la administración pública a favor de la segunda. En este caso no se juzga el tipo de ponderación realizada por el legislador, en el ejercicio de su discrecionalidad, entre derechos y contención del gasto público, sino la elección de intervenir con una ley retroactiva que incide en los procesos en cursos para alterar su resultado a favor del Estado.

Por tanto, el derecho que encuentra un límite en las exigencias del presupuesto no es solo el del reconocimiento de la antigüedad de servicio, sino también el de la igualdad de las armas en el proceso, garantizado por el artículo 111 CI. Parece extraño que este derecho, dirigido a la tutela de la defensa del ciudadano en el proceso, en relación con el poder punitivo del Estado representado por la magistratura, poder imparcial que ejercita la acción penal en interés público, no esté garantizado cuando está en juego la administración pública. En el asunto que nos ocupa, el individuo se enfrenta a una concentración de poderes entre el que hace la regla (el Parlamento) y quien la debe aplicar (la administración pública) con perjuicio de la garantía de su derecho a la defensa.

Si se acepta la lectura según la cual las leyes de interpretación auténtica pueden arrollar el derecho a la igualdad de las armas, vinculado en este caso íntimamente con la separación y limitación de los poderes, entonces habrá que aceptar que el problema afecta a uno de los elementos esenciales de la misma forma de Estado. Las exigencias de contención del gasto no suponen aquí tanto un perjuicio del derecho a una prestación pública, como un argumento para limitar los derechos fundamentales con una modalidad (la concentración de los poderes públicos en detrimento de los derechos del individuo) que está manifiestamente en contraposición con el constitucionalismo y sus razones históricas.

Desde este punto de vista, la constitucionalidad de las leyes que inciden en los procesos en curso por razones de contención del gasto público, debería estar motivada con otros argumentos, como la garantía de los intereses generales, del bien común, de la solidaridad social, etc. En caso contrario, se corre el riesgo de ponderar cosas que no son ponderables porque se hallan en niveles distintos: de una parte, el derecho fundamental a la defensa y a la igualdad de las armas en el proceso, de la otra, la contención del gasto público.

De lo aquí afirmado no se debe concluir que existe una separación diáfana entre libertades negativas y derechos sociales, según la cual, los segundos son los únicos claramente vinculados a cuestiones presupuestarias, mientras que los primeros exigen para su tutela una mera no interferencia de los poderes públicos.<sup>90</sup> Siguiendo esta división clásica, las libertades negativas serían prerrogativa del liberalismo, mientras que los derechos sociales lo serían de una visión solidaria e intervencionista del Estado. Sin embargo, tal planteamiento no capta la complejidad de la tutela de los derechos. Pues, es obvio que las libertades negativas, como la personal o domiciliaria, por ejemplo, no estarían adecuadamente protegidas sin un aparato de seguridad pública o una magistratura imparcial que, como resulta evidente, no cuestan poco<sup>91</sup>. Si examinamos la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la defensa, observamos algunas precisiones importantes sobre el coste de los derechos. En la sentencia n. 522 de 2002 se valora la disciplina normativa nacional que no permitía la expedición de la copia auténtica de las sentencias pronunciadas en causas civiles, si no se pagaba previamente el impuesto de registro.<sup>92</sup> La Corte, reconstruyendo su propia jurisprudencia anterior, afirmó que, si la Constitución “no prohíbe imponer prestaciones fiscales en correlación estrecha y racional con el proceso”,<sup>93</sup> entonces es necesario distinguir entre cargas que se presentan como racionalmente vinculadas al juicio en curso y, por tanto, funcionales a la finalidad de asegurar un mejor desarrollo del proceso, y cargas que, en cambio, tienden “a la satisfacción de intereses completamente extraños a la finalidad mencionada, y que, obstaculizando gravemente la tutela jurisdiccional, incurren en la sanción de inconstitucionalidad”. En el mismo sentido ya se había pronunciado la Corte en la sentencia n. 333 de 2001 cuando declaró la ilegitimidad constitucional de la disciplina que condicionaba el pago de los impuestos por parte del arrendador al ejercicio de la acción ejecutiva para conseguir el desahucio del inmueble alquilado.<sup>94</sup> La Corte subraya que la carga impuesta al arrendador de demostrar la regularidad de la propia situación fiscal para tener derecho a exigir un desahucio,

---

<sup>90</sup> BIN; “Diritti e fraintendimenti”, en *Ragion Pratica*, 2000, pp. 14 ss.

<sup>91</sup> LUCIANI; “La Cosituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente”, en *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, II, 1985, pp. 497 ss; AZZARITI; *Considerazioni inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale*, in *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 171 ss.

<sup>92</sup> Cfr. DANOVIS; “L’obbligo di registrazione non può condizionare l’avvio del processo esecutivo”, en *Rivista di diritto processuale*, n. 2, 2003, pp. 602 ss.

<sup>93</sup> Cfr. sentencia n. 45 de 1963, y también sentencias n. 91 y n. 100 de 1964.

<sup>94</sup> IZZO; “Pregiudiziale fiscale per lo sfratto di immobili: la fine dell’ennesimo “incubo”, en *Giustizia Civile*, n. 11, 2001, pp. 2598 ss; SERVELLO; “La pregiudiziale tributaria per l’esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili ad uso abitativo”, en *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1, 2002, pp. 3 ss

está vinculada exclusivamente a las exigencias de control tributario, sin que haya ninguna conexión con el proceso.

En el caso de las leyes que limitan retroactivamente el derecho de defensa, de la que la igualdad de las armas es un corolario, parece evidente su orientación a finalidades diversas de las inherentes al correcto funcionamiento del proceso, y estrechamente conectadas a la satisfacción de intereses diversos y extraños al juicio, como la contención del gasto.

Si pensamos en la sentencia n. 26 de 2007 que declara la ilegitimidad de la ley que prohíbe al público ministerio apelar las sentencias de libre absolución, también se iluminan las posibles excepciones al principio de la paridad.<sup>95</sup> La Corte, tras haber recordado que el principio de igualdad de las armas sancionado en el artículo 111 CI afecta a todos los tipos de proceso, siendo expresión del más general principio de igualdad, reconstruye la hipótesis de derogación en el campo penal mediante la conexión con las “exigencias de ejercicio funcional y correcto de la justicia penal” (y, por tanto, también en este caso con exigencias “internas” al proceso), y con el límite de la razonabilidad (como proporcionalidad y adecuación de la medida a la finalidad). La duración razonable del proceso, por ejemplo, también principio constitucional sancionado por el artículo 111, no puede ser perseguida con una medida, como la exclusión del poder de impugnación por parte de la acusación de la sentencia de libre absolución, que elimina completamente una facultad procesal de una de las partes del juicio.

En conclusión, si debe existir una confrontación entre las dos Cortes, entonces parece necesario determinar claramente el terreno en el que se juega la partida. En caso contrario se corre el riesgo de la marginalización. Cuando se trata de las leyes de interpretación auténtica, o retroactiva, la posición de la Corte Constitucional debería tener otro planteamiento<sup>96</sup>. Visto que el derecho de defensa y el equilibrio presupuestario se encuentran en planos constitucionalmente diversos, ante una *decisión* política, que expresa una regla de prevalencia en la relación entre tutela de derechos y recursos económicos, el juicio debería basarse, una vez aclarados los principios implicados, no tanto en la ponderación, sino en la proporcionalidad de la intervención, es decir, en la verificación de la idoneidad de la medida a la finalidad prevista, y en el grado de invasión respecto al derecho examinado, no pudiéndose

<sup>95</sup> MARZADURI; “La parità delle armi nel processo penale”, en. *Quad. Cost.*, n. 2, 2007, pp. 378 ss; CAPRIOLI; “Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e “parità delle armi” nel processo penale”, en *Giur. Cost.*, n. 1, 2007, pp. 250 ss.

<sup>96</sup> En este sentido resulta interesante la sentencia de la Corte Constitucional 15/2012, en la que se afirma que las normas retroactivas deben estar justificadas adecuadamente en “la tutela de principios, derechos y bienes de rango constitucional que constituyen ‘motivos imperativos de interés general’ según el CEDH”. Cfr. también sentencia 78/2012. Sobre esta jurisprudencia, VALENTINO; “Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della corte europea dei diritti dell'uomo”, en <[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)>, n. 3/2012, pp. 27 ss.

ir más allá de cuanto sea estrictamente necesario para obtener el resultado.<sup>97</sup> Por otra parte, justamente este juicio que implica, de una parte, el bien individual y el bien común, y de la otra, las modalidades de su ajuste recíproco, puede entrar en el margen de apreciación estatal, encontrándose los órganos nacionales (y, entre estos, corresponde a la Corte Constitucional un papel determinante) en mejor situación para valorar los perfiles constitucionales, políticos, económicos, administrativos y sociales implicados por la ley.

---

<sup>97</sup> LUCIANI; “Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana”, en <[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)>