

JURISDICCIÓN ORDINARIA Y TRIBUNALES SUPRANACIONALES: RELACION ENTRE AMBOS SISTEMAS

Por LAURA MONTANARI*/**

1. INTRODUCCIÓN.—2. CARACTERES DE AMBOS SISTEMAS.—3. LA POSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.—4. LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y EL TRIBUNAL DE Estrasburgo.—5. LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO.—6. CONCLUSIONES***.

1. INTRODUCCIÓN

La época actual se caracteriza por un significativo traslado al ámbito internacional o supranacional, de la emisión de decisiones que afectan a aspectos fundamentales del ejercicio de la soberanía. Más allá de los fenómenos ligados al proceso de globalización —donde en cierto modo es la propia realidad la que presiona para alcanzar nuevas formas de regulación—, pretende hacerse referencia a aquellas especiales modalidades de cooperación (o de integración) internacionales que se alejan de los modelos clásicos de organización de las relaciones interestatales. En el panorama actual, de hecho y como es bien conocido, junto a las formas tradicio-

* Catedrática de Derecho público comparado en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Teramo (Italia). Miembro de la Redacción de la revista *Diritto pubblico comparato ed europeo* que dirige el Profesor Giuseppe Franco Ferrari.

** Trabajo inicialmente publicado, en su versión en lengua italiana, en la obra coordinada por P. FALZEA, A. SPADARO y L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003.

*** *Nota del traductor*: Se usa en el texto la expresión *jurisdicción ordinaria* para aludir a los jueces y tribunales distintos del Tribunal Constitucional. En el idioma italiano, sin embargo, la expresión equivalente es *giudici comuni*, ya que el concepto *giudici ordinari* es más restringido en cuanto estos últimos jueces se diferencian de los *giudici speciali* y, en particular, de los *giudici amministrativi*.

nales de organización de la colaboración entre Estados mediante acuerdos relativos a determinados ámbitos materiales, se encuentran, de un lado, formas más estrechas de cooperación intergubernativa (el fenómeno de las organizaciones internacionales), y de otro, procesos de integración supranacional particularmente intensos, como es el caso de la Unión Europea. Entre estos extremos se colocarían aquellos peculiares instrumentos del derecho internacional —en particular los acuerdos regionales sobre derechos humanos—, que si bien permanecen en el ámbito de la cooperación intergubernativa, se caracterizan por la presencia de órganos jurisdiccionales supranacionales llamados a juzgar los eventuales comportamientos lesivos de los Estados, incluso a través de los recursos directos presentados por los particulares.

En Europa asumen especial relevancia desde esta óptica la Unión Europea —y en particular, en lo que aquí interesa, la Comunidad Europea—, y el sistema creado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), cuya diversa conformación incide, obviamente, en la definición de las relaciones que mantienen con los Estados miembros, especialmente respecto al doble ámbito de las fuentes de producción normativa y del ejercicio de la función jurisdiccional. En ambos sistemas, el papel y la posición de las diversas autoridades jurisdiccionales poseen una importancia destacada, fundamentalmente en lo que concierne a la protección de los derechos pues, lógicamente, es en la dimensión práctica de las controversias concretas que inciden sobre dichos derechos, donde se desarrolla en efecto su protección comunitaria y el respeto del *standard* europeo de tutela, a los que resultan por lo tanto vinculados, básicamente, los Tribunales supranacionales, los Tribunales Constitucionales y, en primera línea y cotidianamente, los jueces ordinarios. Bajo este panorama, por otra parte —anticipando algunas de las conclusiones finales—, parece emerger una convergencia entre ambos sistemas, pudiéndose reconocer en ellos según las diversas modalidades, formas de armonización que trascienden incluso las previsiones normativas y los límites que, en ocasiones, derivan de la estructura del sistema de fuentes.

En este trabajo se pretende precisamente verificar y comparar las relaciones que se establecen entre los jueces nacionales y los Tribunales Europeos, habituales aplicadores los unos, y principales intérpretes los otros, de las normas internacionales y supranacionales.

Por todo ello, el estudio debe partir necesariamente de la exposición de los caracteres esenciales de ambos sistemas, con la finalidad de poner de manifiesto los elementos de diferenciación que inciden en el papel desempeñado por los jueces. Posteriormente, se centrará el punto de atención en el análisis de la jurisprudencia a fin de concretar las situaciones y modalidades en que los caracteres intrínsecos (estructurales y funcionales) de estos sistemas orientan su funcionamiento efectivo.

2. CARACTERES DE AMBOS SISTEMAS

Como se anunciaba con anterioridad, el marco de referencia puede definirse en base a dos extremos. De una parte, se encontraría el ordenamiento europeo/comunitario, caracterizado como un sistema autónomo, con sus propias reglas y principios, pero al mismo tiempo también como un sistema «integrado» —respecto a todas las funciones soberanas—, en el que las relaciones entre jueces ordinarios y Tribunal de Justicia vienen definidas por el mismo Tratado constitutivo. De otra parte, aludiríamos al ordenamiento internacional, en el que la función de control jurídico del derecho está básicamente dirigida a la regulación de controversias entre Estados y se realiza mediante mecanismos de naturaleza arbitral —incluso por instancias jurisdiccionales insitucionalizadas (por ejemplo, el Tribunal Internacional de Justicia)— fundados sobre el acuerdo entre las partes (se hace mención aquí a este segundo modelo sólo como elemento de comparación a fin de poner de manifiesto, por contraposición, el papel de los jueces en los otros casos). Finalmente, una posición «intermedia» estaría ocupada por el ordenamiento instituido por el CEDH. También en este caso, de hecho, la estructura es gubernativa, ya que el CEDH se traduce en un conjunto de obligaciones recíprocas entre Estados a fin de hacer efectivos determinados derechos; no obstante, respecto a su estructura, presenta la singular peculiaridad de la presencia de un juez supranacional al que pueden apelar directamente los individuos con la finalidad de sancionar las violaciones ocasionadas por los Estados sobre dichos derechos¹.

Para aclarar los términos que se confrontan es útil, no obstante, recordar más en detalle algunos de los aspectos en que se concretan estas diversas cuestiones y, en particular, aquéllos referidos al análisis de las relaciones entre los órganos jurisdiccionales.

- a) *El primer aspecto se refiere al «material normativo» con que los jueces nacionales deben operar y, en particular, a las implicaciones que cabe deducir de las relaciones entre las distintas fuentes.*

El sistema europeo se caracteriza porque las fuentes comunitarias, aun pertenecientes a un ordenamiento distinto, son también inmediatamente eficaces en el ordenamiento nacional. Los principios de primacía y eficacia directa, según la elaboración llevada a cabo por el Tribunal de Justicia, implican que la regulación de determinados ámbitos materiales se encomienda a las normas comunitarias con exclusión de la intervención de las fuentes de derecho interno, por lo que es el criterio de la competencia (en

¹ Cfr. A. DRZEMCZEWSKI, «The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights», en *International Comparative Law Quarterly*, 1980, 54 ss.

el sentido, precisamente, de reparto de competencias entre dos órdenes legales) el que determina la solución de eventuales antinomias².

Las relaciones con el CEDH, sin embargo, han sido concebidas en nuestro ordenamiento (al menos hasta hoy³) según el esquema dualista clásico que se traduce en la adaptación («*adattamento*») del derecho interno a las normas pactadas. En Italia, tal adaptación ha sido realizada por ley ordinaria, de tal modo que las normas internas de origen pactado se colocan a nivel legislativo y las relaciones con la legislación nacional deberían considerarse presididas, en principio, por el criterio cronológico⁴.

Respecto al contenido, debe recordarse que mientras las normas comunitarias establecen la regulación directa de específicos sectores materiales, el Convenio Europeo se configura, sin embargo, como un catálogo de derechos que el Estado está obligado a respetar. Por lo demás —puede ser oportuno recordarlo—, es esta razón la que explica que el «sistema CEDH» esté en realidad en grado de funcionar independientemente del hecho de que las normas pactadas sean incorporadas al derecho interno⁵, pues el Convenio impone a los Estados, por así decirlo, una obligación de resultado —el respeto de determinados derechos—, dejándoles la libertad de elección de los medios más oportunos para su realización efectiva⁶.

² Para una exposición del marco general de las cuestiones que serán analizadas nos remitimos, entre otros, a B. BULTER-R. BIEBER-J. PIKORN-J. STREIL-J. H. H. WEILER, *L'Unione Europea*, Bologna, 2001, y C. ZANGHI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2000. En mayor detalle, respecto a las relaciones con el sistema constitucional italiano, vid. M. CARTABIA-J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000 y F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione europea*, Torino, 1996.

³ El matiz es necesario a raíz de la reciente modificación del art. 117 de la Constitución Italiana (en adelante CI), que podría dar lugar incluso a diferentes lecturas sobre las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, en última instancia en clave monista (vid. por ejemplo las problemáticas consideraciones de G. F. FERRARI, «Art. 117 e tutela internazionale dei diritti», ponencia presentada en la Mesa Redonda de derecho comunitario sobre «*Riforma costituzionale, diritto internazionale e diritto comunitario*», celebrada en Génova el 23 de marzo de 2003). Nos remitimos para los aspectos que principalmente interesan al presente estudio, a las consideraciones expuestas *infra*, § 3.

⁴ En el § 4, al que nos remitimos, se presentaron algunas sintéticas referencias a la jurisprudencia constitucional en la materia.

⁵ Se debe precisar que, por simplificación expositiva, en el presente estudio se utilizarán los términos incorporación y adaptación para indicar, en general, el fenómeno de adecuación del derecho nacional al derecho internacional pactado mediante la creación de normas internas destinadas a dar ejecución a las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito internacional que, aunque asumen una formulación idéntica a la de las normas pactadas, son consideradas de todos modos distintas al operar en diferentes ámbitos.

⁶ En estos términos se expresa, por ejemplo, G. COHEN-JONATHAN, «La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants», en *Mélanges Valticos*, Paris, 1999, 385 ss., especialmente 392.

En particular, no se les exige a los Países Miembros, como los jueces de Estrasburgo han reconocido expresamente desde una sentencia de 1976, incorporar el Convenio (o al menos el

b) *El segundo aspecto concierne al papel asignado al juez supranacional.*

En el sistema comunitario, el Tribunal de Justicia está destinado a garantizar la uniforme interpretación y aplicación del derecho comunitario en los Estados miembros. Sus relaciones con los jueces nacionales son reguladas directamente por el Tratado comunitario, que crea también en este caso un sistema integrado⁷. De hecho, los jueces nacionales deben dirigirse al Tribunal de Justicia cuando se enfrentan a problemas relativos a la interpretación o a la aplicación del derecho comunitario (hasta tal punto que, desde la perspectiva de esta estrecha relación funcional, los jueces ordinarios nacionales son representados significativamente como «jueces comunitarios»⁸). De otra parte, desde la perspectiva opuesta, las decisiones del Tribunal de Justicia producen efectos inmediatos en el ordenamiento interno: en particular, el juez que ha elevado la cuestión prejudicial debe siempre tener en cuenta la resolución del caso.

Las funciones del Tribunal de Estrasburgo son, sin embargo, diversas, pues, de hecho, este órgano está previsto para garantizar que los Estados respeten las obligaciones asumidas en el plano internacional y, en particular, los derechos reconocidos a los ciudadanos en el CEDH; en este sentido, se le califica como «juez de los derechos» al que se dirigen los particulares que han sido víctimas de violaciones por parte de los Estados. Pero no hay, sin embargo, ninguna «vía procesal» específica respecto a los jueces nacionales. Es más, el ejercicio de la acción ante el Tribunal de Estrasburgo presupone el previo agotamiento de los recursos nacionales; e

catálogo de derechos previsto en el Título Primero) al propio derecho interno: así lo señala la Sentencia *Swedish Engine Drive* de 6 de febrero de 1976, sucesivamente confirmada, por ejemplo, por la resolución *James and Others* de 21 de febrero de 1986 (la exposición de esta jurisprudencia se puede ver en H. C. KRÜGER, «Does the Convention Machinery Distinguish between States which have and have not Incorporated It?», en VV.AA., *Aspects of Incorporation of the European Convention of Human Rights into Domestic Law*, London, 1993). Del mismo modo, no se les exige —en el caso en que los Estados decidan proceder a la adaptación— asignar una especial posición a las normas de origen pactado en los respectivos sistemas normativos.

⁷ Cfr. F. PESCATORE, «Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali», en *Foro italiano*, 1986, V, 26 ss. Sobre los aspectos relativos a la tutela jurisdiccional vid. por último, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001; así como, en lo referente al derecho procesal interno, las ponencias presentadas en la XXXIII Mesa Redonda de derecho comunitario, Milán, 24 de noviembre de 2000, sobre «L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno», en *Diritto dell'Unione europea*, 2001, 41 ss.

⁸ Giuseppe Morbidelli, por ejemplo, pone de manifiesto que los jueces nacionales vienen cualificados como «giudici comunitari anch'essi quando le controversie coinvolgono situazioni conformate dal diritto della Comunità»: así, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., 68.

incluso, en los casos en que la lesión fuese provocada por una decisión judicial, no se encuentra previsto en Italia ningún mecanismo para reabrir los procesos en virtud de una sentencia condenatoria del Tribunal de Estrasburgo⁹.

- c) *La tercera cuestión atiende al modo en que se resuelven los eventuales problemas interpretativos de la regulación supranacional y los posibles contrastes que surjan entre esta última y la normativa nacional.*

Respecto a las normas comunitarias, el hecho de que éstas procedan de fuentes derivadas de un ordenamiento distinto, cuyo control corresponde al Tribunal de Justicia, incide tanto en el plano de la operatividad como en el de la interpretación. Bajo el primer punto de vista, el Tribunal de Justicia

⁹ Cfr. S. DE BELLIS, «L'obbligo di modifica dell'ordinamento statale determinato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en *Studi Panzera*, Bari, 1995, 337 ss. y G. A. CONTE, «Gli effetti delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali», en AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, de B. NASCIBENE (comp.), Milano, 2002, 91 ss.; más en general, E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999.

Se trata de una de las cuestiones más problemáticas del sistema, que limita la eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo incluso en aquellos ordenamientos donde el CEDH tiene un papel particularmente significativo. Es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos donde las normas del Convenio son uno de los parámetros del control difuso de las leyes y, sin embargo, no se permite que los procedimientos jurisdiccionales puedan ser reabiertos: vid. T. BARKHUYSEN-M. VAN EMMERIK-P. H. VAN KEMPEN (comps.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague-Boston-London, 1999. Diversa es la situación en ordenamientos como el suizo, donde está prevista la posibilidad de modificar las decisiones jurisdiccionales. El art. 139, párrafo 1º de la Ley Federal sobre la organización judicial (que entró en vigor el 15 de febrero de 1992), establece, de hecho, que «la demanda de revisión de una sentencia del Tribunal Federal o de una resolución de una instancia inferior es admisible cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha estimado el recurso individual por violación del Convenio de 4 de noviembre de 1950 para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales o de sus protocolos, y la reparación sólo es posible mediante la revisión»: vid. M. HOTTELIER, «La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, 743 ss.

Diverso es el objetivo perseguido por el legislador italiano con la adopción de la Ley 89/2001 (denominada Ley Pinto), que se ha centrado exclusivamente en el problema de la razonable duración de los procesos a través de la previsión de una especie de «equitativa reparación». En el sentido indicado en el texto —aun cuando limitado a la hipótesis de violaciones del art. 6 CEDH—, se mueve el proyecto de ley aprobado por la Cámara de los Diputados (tras las modificaciones aportadas por el texto unificado) en marzo de 2002, destinado a revisar el art. 630 del Código de Procedimiento Penal, y que introduce entre los motivos de revisiones de las sentencias, también el caso de violaciones de las disposiciones del Convenio reconocidas por sentencia del Tribunal Europeo.

ha afirmado, además del principio de la eficacia directa, el de la primacía del Derecho comunitario; principios cuya puesta en práctica en el ordenamiento italiano ha tenido lugar mediante una peculiar utilización del criterio de competencia que, a partir de la conocida sentencia de la Corte Constitucional n. 170 de 1984, atribuye a cada juez ordinario el poder/deber de inaplicar la norma interna para aplicar la comunitaria¹⁰. De otra parte, en cuanto a la cuestión interpretativa, la relación se desarrolla directamente entre jueces internos y Tribunal de Justicia según la regulación prevista en los Tratados (al respecto, puede ser oportuno recordar que el art. 234 del Tratado CEE relativo a la cuestión prejudicial, prevé una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces, de elevar la cuestión interpretativa).

Sin embargo, en el ámbito del sistema del CEDH la obligación de hacerse cargo de la interpretación de las normas de origen pactado recae, personalmente, en el juez interno, no estando prevista ninguna forma de incidente o reenvío prejudicial al Tribunal de Estrasburgo. Las normas derivadas de la adaptación al CEDH son normas de derecho interno, si bien caracterizadas por la peculiaridad de que las mismas —o mejor, normas del mismo tenor literal—, tienen vigencia también en el ámbito internacional y son interpretadas por el Tribunal de Estrasburgo. En consecuencia, el juez nacional, al resolver los específicos casos expuestos a su examen, puede privilegiar una lectura de las normas de origen pactado orientada en clave nacional, o bien en clave supranacional, teniendo en cuenta, en tal caso, las tendencias desarrolladas en la jurisprudencia de Estrasburgo¹¹.

En caso de que posteriormente intervenga una legislación interna en contraste con las normas del CEDH (*rectius*, derivadas de la adaptación al CEDH), el juez no puede inaplicar las normas internas, sino que, en virtud del criterio cronológico, debería hacer prevalecer la regulación sucesiva. A pesar de ello, como podrá observarse del análisis de la jurisprudencia, el juez puede intentar también el recurso a la Corte Constitucional para hacer valer la especial cobertura constitucional del CEDH, o bien, mediante su propia actividad hermenéutica, configurar el contenido de las normas internas de tal modo que éstas no contradigan el CEDH sobre la base de la llamada interpretación conforme («*interpretazione conforme*»). Esta solu-

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, 8 de junio de 1984, n. 170, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, 1098 ss.

¹¹ Sobre el papel de los jueces nacionales en el sistema del CEDH, vid. por todos M.-A. EISSEN, «L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en AA.VV., *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, D. ROUSSEAU-F. SUDRE (comps.), Paris, 1990, 137 ss.; L. G. LOUCAIDES, «Il ruolo del giudice interno nel processo e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993, 599 ss.; O. DE SCHUTTER, «La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national», en *Revue belge de droit international*, 1997, 21 ss.

ción se funda sobre la premisa de que el legislador no quiera desatender las obligaciones asumidas por el Estado en el plano internacional, por lo que a la legislación interna debería darse entonces un significado conforme a las mismas excepto, obviamente, el caso en que exista una incompatibilidad directa y absolutamente insuperable¹².

3. LA POSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Sobre la base de estas cuestiones de carácter sistémico, se puede intentar perfilar la posición del juez ordinario respecto a los Tribunales Europeos. De modo sintético, puede señalarse que en el ámbito comunitario el juez debe aplicar las normas de un sistema diferente sobre la base de la interpretación establecida por el Tribunal de Justicia: aquél debe mostrarse básicamente obediente —como un especie de «juez-soldado», por decirlo de algún modo—, a menos que se encuentre con un insuperable «problema de conciencia» respecto a los principios y valores que están en la base del ordenamiento nacional (se piensa en los denominados «contralímites» —«*controlimiti*»—). En el caso opuesto representado por el ordenamiento internacional no existe, sin embargo, ninguna relación entre el juez interno y el sistema normativo y de control jurisdiccional internacional, si bien ello no excluye que los jueces nacionales puedan tener en cuenta la doctrina elaborada por los jueces internacionales en los casos en que haya una cierta afinidad en las materias de que se trate, y a fin de argumentar su propio razonamiento jurídico. En este caso, el juez actúa como un «hombre de cultura» que, mediante sus propios instrumentos, puede optar por abrirse a la jurisprudencia extranjera e internacional.

El sistema del CEDH se caracteriza, una vez más, de un modo diverso, haciendo difícil incluso definir en abstracto la posición del juez ordinario, que sufre variaciones en los diversos ordenamientos. En particular, refiriéndonos al sistema italiano, puede decirse que no existen obligaciones desde el punto de vista interpretativo, mientras tampoco sobre el plano formal es posible afirmar la primacía de las normas de origen pactado, lo que podría llevar a un funcionamiento del sistema, por así decirlo, «disociado»; y, paradójicamente, más «disociado» todavía cuando el Estado se haya preocupado por la incorporación del CEDH al derecho interno. Así, nos encontramos, de hecho, ante un cuerpo de normas que viven contemporáneamente en el ordenamiento internacional, donde es interpretado y aplicado por el Tribunal Europeo, y en el Derecho interno, donde esta labor es

¹² Mediante esta técnica interpretativa, en los Países Nórdicos y en Gran Bretaña, por ejemplo, los jueces han garantizado el respeto del CEDH, incluso antes de que éste fuese incorporado, refiriéndose directamente a las obligaciones asumidas por el Estado en el plano internacional.

ejercida por los jueces nacionales. Por lo tanto, no puede excluirse que los jueces ordinarios escojan una lectura de las normas de origen pactado en clave estrictamente «nacional», si bien asumiendo con ello el riesgo de que sus decisiones puedan motivar un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo.

Esta disociación evidentemente traiciona los objetivos del Convenio, que pretende, por el contrario, garantizar su propio *standard* uniforme o común, de configuración y de tutela de los derechos en los países adheridos a esta Carta. Ahora bien, en realidad, la conexión entre los jueces ordinarios y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es mucho más rica y compleja, generando relaciones indirectas aunque significativamente penetrantes. Así, el sentido y el espíritu del Convenio, orientado concretamente a lograr un *standard* común y reglas uniformes, parece coadyuvar a los jueces ordinarios a reconocerle al Tribunal Europeo una sustancial función nomofiláctica en materia de derechos y, si se quiere, a verlo como una especie de Corte de Casación *in parte qua*¹³. De hecho, con la intención de lograr los objetivos del Convenio y para mantener las relativas obligaciones jurídicas, aquello que cuenta no es tanto aplicar las mismas disposiciones, sino garantizar una idéntica tutela de los mismos derechos; y por ello, a tal fin, los jueces ordinarios y el Tribunal Europeo deberían alcanzar en distintos niveles, los mismos resultados. Desde esta perspectiva, en consecuencia, si la relación entre jueces ordinarios y Tribunal de Justicia puede ser muy estrecha por el mecanismo procesal existente, la relación con el Tribunal Europeo debe serlo, sin embargo, por motivos funcionales. Así pues, mientras en el primer caso destaca el elemento procedimental, en el segundo interesan los resultados.

Antes de abordar el análisis de la jurisprudencia para verificar cómo se concretan efectivamente las cuestiones analizadas, es preciso poner de manifiesto dos relevantes novedades de carácter normativo que podrían incidir en nuestro estudio. La primera la encontraríamos, obviamente, en el nuevo texto del art. 117.1 CI, introducido por Ley Constitucional n. 3 de 2001 de reforma del Título V, por el cual «la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones respetando la Constitución, así como los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones

¹³ Pueden recordarse en este punto las consideraciones de Gérard Cohen-Jonathan, para quien el Convenio « instaure [...] un ordre institutionnel dominé par une Cour à laquelle les États ont concédé le pouvoir d'interprétation authentique de la Convention et de juge ultime de la conventionnalité des actes internes »: *La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants*, cit., 386. Tales conclusiones son hoy todavía más pertinentes si se considera que, con la entrada en vigor del Protocolo n. 11, desde 1998 la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo y el reconocimiento del derecho a recurrir por los particulares se han convertido en obligatorios para todos los Estados adheridos al CEDH: vid. sobre esta cuestión O. DE SCHUTTER, «La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme», en *Cahiers de droit européen*, 1998, 319 ss. y B. NASCIBENE, «La "nuova" Corte europea dei diritti dell'uomo», en *Studium iuris*, 1999, 2, 119 ss.

internacionales»¹⁴. Esta disposición crea un vínculo expreso frente al legislador, nacional y regional, y puede tener importantes implicaciones incluso sobre el plano jurisprudencial, si bien, probablemente, no está destinada a cambiar en exceso (más bien al contrario, a legitimar) las relaciones con el derecho comunitario, donde parece difícil pensar en una modificación de las orientaciones ya consolidadas, que encuentran su fundamento en el carácter integrador del sistema. Sin embargo, puede tener consecuencias muy significativas respecto al CEDH. De un lado, de hecho el art. 117 incide en la acción de la Corte Constitucional por cuanto, en el momento en que se impone el respeto de las obligaciones internacionales como límite a la actividad del legislador, éstas asumen relevancia como parámetro del control de constitucionalidad, abriéndose con ello el camino para un control generalizado sobre las normas internas¹⁵. De otra parte, además, la previsión incide también sobre la actividad del juez ordinario, pues de hecho, en primer lugar, la citada norma conlleva que, en el caso en el que exista un contraste entre leyes internas y normas de origen pactado (es más, *tout court*, normas pactadas), aquél puede y debe dirigirse a la Corte Constitucional por violación de las normas interpuestas. Pero incluso cabría observar un elemento todavía más importante desde la perspectiva que preside este estudio, pues el art. 117 puede ser visto como una formalización de la obligación de interpretación conforme. Es decir, el juez debe interpretar la legislación nacional de tal modo que respete el CEDH, particularmente desde su condición de norma internacional; es más —y precisamente por el motivo de que la Constitución hace un directo reenvío a las normas internacionales en cuanto tales, y en consecuencia en el significado que éstas tienen en su contexto, y no en el que pueden asumir en el ámbito interno como consecuencia de la incorporación— al referirse al CEDH el

¹⁴ Entre los primeros comentarios sobre esta disposición pueden consultarse: C. PINELLI, «I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e comunitario», en *Foro italiano*, 2001, V, 194 ss.; E. CANNIZZARO, «La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali», en *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 921 ss.; M. LUCIANI, «Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001» (ponencia presentada en el Congreso sobre «*Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie*», que se encuentra en la web de la Asociación Italiana de Constitucionalistas (*Associazione dei costituzionalisti*), en la dirección <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>), así como las ponencias presentadas en la Mesa redonda de derecho comunitario sobre la «*Riforma costituzionale, diritto internazionale e diritto comunitario*», cit.

¹⁵ Vid. en este sentido M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, cit. Un problema puede provenir, desde esta perspectiva, de una fuerte interpretación de las nuevas disposiciones constitucionales si en la locución «obligaciones internacionales» se entienden comprendidas también las obligaciones que nacen de los acuerdos estipulados de forma simplificada o, es más, las que nacen de los tratados ratificados pero aún no operativos en el derecho interno.

juez debe tener en cuenta el significado que éste tiene en su contexto internacional, y en consecuencia, la propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo¹⁶. De este modo, viene pues modificado el marco de referencia expuesto con anterioridad, que planteaba la posibilidad de una lectura «disociada» de las normas del CEDH¹⁷.

La segunda novedad de extraordinaria relevancia y susceptible de incidir sobre el funcionamiento del sistema comunitario, proviene de la Carta

¹⁶ Se pueden traer a colación las consideraciones de Giuseppe G. Floridia que, al referirse exactamente a aquellos casos en los que las normas internacionales asumen el papel de parámetro en el control de constitucionalidad, ha destacado como «il significato —per così dire— internazionale di queste norme deve far premio su quello che esse potrebbero assumere ove fossero «tradotte» e ri-contestualizzate come norme di diritto interno»: «Diritto interno e diritto internazionale: profili storico-comparatistici» (ponencia presentada en la Mesa Redonda de derecho comunitario sobre «Riforma costituzionale, diritto internazionale e diritto comunitario», cit., ahora en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002).

¹⁷ Un útil término de comparación puede encontrarse en la solución adoptada por Gran Bretaña a través del *Human Rights Act 1998*. También en este caso se trata de un ordenamiento dualista que ha intentado —con una regulación muy particular— conciliar el respeto de la soberanía parlamentaria con la máxima tutela de los derechos. El art. 1 del *Act* recoge los denominados *Convention Rights*, evocando la mayor parte, si no la totalidad, de las normas del CEDH y sus Protocolos, hasta tal punto que se podría pensar en una especie de incorporación selectiva. Sin embargo, las normas sucesivas crean un mecanismo diverso, muy interesante respecto a las cuestiones que aquí se examinan. Así, el art. 3 impone a los jueces la interpretación «so far as it is possible to do so» del derecho interno de tal modo que éste resulte compatible con los *Convention Rights*: se trata de una fórmula preceptiva («must be read and given effect») que convierte en obligatoria, por así decirlo, la interpretación conforme. Así pues, en esta actividad interpretativa se deben tomar en consideración «las decisiones del Tribunal Europeo, de la Comisión y del Comité de Ministros», que determinan el efectivo alcance de las normas pactadas. Solo si al final de esta operación la actividad hermenéutica revela un contraste insubsanable, los jueces deben pronunciar una «declaración de incompatibilidad» (art. 4), que sin embargo no incide sobre su validez, sobre su permanente operatividad, ni sobre la aplicabilidad de la norma de la que se discute. Al contrario, ésta tiene como objetivo iniciar el procedimiento legislativo a fin de modificar la regulación declarada incompatible, en casos de urgencia mediante un trámite especial. Esta incompatibilidad, con las consecuencias señaladas, puede ser resultado de una decisión del Tribunal Europeo contra Gran Bretaña, lo que indica la necesaria conexión con el sistema supranacional en la definición y garantía de los derechos.

La doctrina británica sobre este argumento es amplísima, por lo que nos remitimos, por todos, a S. GROSZ-J. BEATSON-P. DUFFY (comps.), *Human Rights. The 1998 Act and the European Convention*, London, 2000, y J. COPPEL, *The Human Rights Act 1998: Enforcing the European Convention in the Domestic Courts*, Chichester-New York-Weinhein-Brisbane-Singapore-Toronto, 2000; posteriores referencias se pueden encontrar en la relación bibliográfica realizada por A. GRATTERI, «La dottrina britannica in tema di diritti», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 1492 ss. y 2000, 1553 ss. El *Human Rights Act* ha suscitado una particular atención también en Italia, vid. por ejemplo G. F. FERRARI, «La Convenzione europea e la sua “incorporation” nel Regno Unito», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 125 ss.; P. LEYLAND, «Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?», en *Quaderni costituzionali*, 2000, 83 ss.; F. ROSA, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, *idem*, 679 ss.; y A. SPERTI, «Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna dopo l’approvazione dello *Human Rights Act*», en *Rivista di diritto civile*, 2001, 73 ss.

de Niza en la medida en que, obviamente, consiga afirmarse su valor jurídicamente vinculante en el sistema legal de la Unión Europea¹⁸. En esta hipótesis, como es lógico, las consecuencias se manifestarían fundamentalmente en el plano del funcionamiento general del sistema, particularmente en el caso de su generalizada utilización como parámetro de juicio del Tribunal Comunitario, si bien las cosas seguramente cambiarían también para el juez ordinario, en el momento en que se tuviese que aplicar un verdadero y propio catálogo comunitario de derechos. De hecho, como ya se ha señalado, en el actual contexto las normas comunitarias contienen, en primer lugar, la regulación específica de determinados ámbitos materiales que el juez está llamado a aplicar directamente; e incluso la tutela de los derechos reconducible al art. 6 del Tratado de Ámsterdam, juega sobre el plano de la interpretación de las normas comunitarias y viene, de todos modos, mediatizada por la propia finalidad del ordenamiento comunitario. Ante la introducción de un catálogo comunitario de derechos, e independientemente del alcance expansivo indirecto que podrá tener sobre las mismas competencias de la Unión, parece muy verosímil que aquél esté destinado a uniformizar los sistemas jurídicos de un modo quizá más relevante que el operado por el CEDH¹⁹. Pues bien, también desde esta perspectiva

¹⁸ Es imposible citar toda la doctrina en la materia: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha sido, en los últimos años, uno de los temas más relevantes de la reflexión constitucionalista. Entre otros, pueden recordarse: el *forum* sobre «La Carta europea dei diritti», publicado en la revista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 154 ss.; G. F. FERRARI (comp.) *I diritti fondamentali dopo la Carta de Nizza*, Milano, 2001; los dos volúmenes compilados por U. DE SIERVO, *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi e la difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, que se insertan en la colección publicada bajo el patrocinio de la «Fondazione Cassa di Risparmio delle Province Lombarde», *Verso la Costituzione europea*; entre los comentarios, vid. R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, y L. FERRARI BRAVO-F. M. DI MAJO-A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.

Respecto al papel que la Carta va progresivamente asumiendo, debemos remitirnos a las recientes decisiones del Tribunal de primera instancia, que parecen reconocerle implícitamente valor normativo: vid. Sentencia de 20 de febrero de 2001, en la causa T-112/98, y 30 de enero de 2002, en la causa T-54/99 (ambas recogidas en *Diritto pubblico comparato ed europeo*); aún más interesante, desde la perspectiva que preside el presente estudio, es la circunstancia de que también los jueces nacionales en algunos casos se refieren en sus argumentos a tales documentos: así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Español (Sala de lo Civil), sentencia de 8 de febrero de 2001, n. 93, en *Repertorio de jurisprudencia 2001*, 855 ss., y también el Tribunal de Apelación de Roma, vid. sobre este punto la nota de A. CALVANO, *La Corte d'Appello di Roma applica la Carta dei diritti UE. Diritto pretorio o Ius commune europeo*, que puede encontrarse en la página web de la Asociación de Constitucionalistas Italianos (*Associazione dei costituzionalisti*), en la dirección <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>

¹⁹ Al respecto, podemos referirnos a las reflexiones de Antonio Ruggeri sobre la incidencia de las Declaraciones de derechos en la misma construcción de la relación entre fuentes: A. RUGGERI, «Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"», en *Diritto pubblico comparato ed euro-*

es importante el análisis de la situación actual para intentar descubrir la forma en que los jueces perciben su propio papel y se enfrentan a la regulación comunitaria: es más, puede observarse en este punto una situación especialmente delicada ya que, en ausencia de instrumentos de control en manos de los propios ciudadanos, no cabe encontrar pues específicas formas de control sobre la lectura que los jueces internos realizan de las normas comunitarias.

Se han querido sólo apuntar estas novedades, que podrán influir seguramente en el funcionamiento de los sistemas a que nos referimos; en líneas sucesivas si intentará sin embargo —a través del análisis de la jurisprudencia—, trazar algunas características de la actual configuración de las relaciones entre los jueces ordinarios y los Tribunales Europeos. Se escogerán, en ambos casos, aspectos que pueden resultar expresivos de la posición que concretamente asumen los órganos jurisdiccionales nacionales. Respecto al CEDH, se deberá examinar necesariamente el problema de su aplicabilidad y del rango que se le asigna en el sistema de fuentes. En cuanto al Derecho comunitario, sin embargo, estas cuestiones no se hallan en discusión, por lo que será necesario atender a otros elementos de reflexión que puedan evidenciar la dinámica instaurada entre los órganos jurisdiccionales. En particular, se hará referencia a la eficacia directa de las directivas no incorporadas y al recurso prejudicial interpretativo ante el Tribunal de Justicia.

4. LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

La adaptación del ordenamiento italiano al CEDH ha sido realizada, como es sabido, por Ley n. 848 de 1955, en la forma de «*ordine d'esecuzione*». En consecuencia, las normas del Convenio —o mejor, normas con el mismo tenor literal—, han pasado a formar parte del derecho interno en virtud de una ley ordinaria²⁰.

peo, 2001, 544 ss., y del mismo autor, «Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione», en AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta de Nizza*, G. F. FERRARI (comp.), cit., 217 ss., que concluye reconociendo que «una teoria dell'interpretazione assiologicamente orientata si mostra, non poche volte, in grado di superare gli artificiali steccati innalzati dalla teoria delle fonti, aprendosi ad esiti ricostruttivi non differenziati in relazione alle Carte internazionali dei diritti così come alla Carta europea o ad altri documenti ancora (pur se di confezione giurisprudenziale) riguardanti i diritti fondamentali».

²⁰ Se volverá más adelante a tratar el tema de la posición en el sistema de fuentes de las normas derivadas de la adaptación al CEDH, que no es de todos modos decisivo —como veremos—, para concretar su papel. En general, sobre la posición del derecho internacional pactado pueden consultarse tanto los manuales constitucionales como los internacionales: vid. por todos, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del di-*

Para delinear la posición de los jueces ordinarios con respecto al Convenio y al sistema creado por éste, la primera cuestión a que ha de hacerse referencia es la de la inmediata operatividad-justiciabilidad de las normas así generadas²¹. Así, de una parte, el sistema del CEDH se caracteriza por la complementariedad, o mejor por la subsidiariedad del nivel supranacional y de la intervención del Juez de Estrasburgo respecto al nacional, asumiendo por ello primordial relevancia la posibilidad de hacer valer directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales las posiciones jurídicas reconocidas en el Convenio²². Pero por otro lado, sin embargo, tal posibilidad no es —o mejor, no ha sido en ningún caso— pacífica en Italia, donde se ha generado una amplia discusión frente a una jurisprudencia contradictoria. Mas allá, pues, de la relevante cuestión prejudicial de carácter general, en la que es necesario de todos modos verificar la idoneidad de cada norma singular de un texto que contempla posiciones inmediatamente defendibles por los ciudadanos, se ha propuesto, de hecho, una cuestión prejudicial todavía más incisiva (que puede causar incluso perplejidad, teniendo en cuenta la forma y la técnica con la que se ha procedido a la adaptación), referida al Tratado en sí, a su sentido y a su función²³. La diferencia ha de ser analizada con atención, debiéndose observar que, en efecto, no obstante los fines específicos que presiden el Convenio y que son al mismo tiempo reconocidos con carácter general, la doctrina jurisprudencial más consolidada había negado en general que el CEDH fuese

ritto, Torino, 1993; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999; R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, especialmente el cap. IV sobre *Diritto internazionale e diritto interno: monismo o dualismo?*

²¹ Se evita usar la locución «directa aplicabilidad», habitualmente utilizada por las normas comunitarias y, como ya se ha señalado, referida a un sistema integrado diverso del previsto en el CEDH. Para éste último es la ley de ejecución, que determina la incorporación de las normas al ordenamiento interno, la que constituye el presupuesto para poder hablar de su eficacia, entendida en este caso como su idoneidad para regular inmediatamente situaciones jurídicas. Algunas apreciaciones terminológicas respecto a estas cuestiones pueden verse, por ejemplo, en F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000, especialmente 7 ss.

²² Cfr. M. DE SALVIA, «Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione o sussidiarietà?», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1994, 32; A. BULTRINI, «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive», en *Corriere giuridico*, 1999, 642 ss., especialmente 644, y del mismo autor, «Il sistema di protezione dei diritti fondamentali del Consiglio d'Europa», en *Comunità internazionale*, 1999, 107 ss., especialmente 113.

²³ Se ha hecho notar precisamente que «naturalmente, nessun problema d'interpretazione della singola disposizione convenzionale potrà porsi nel caso in cui l'interprete sia portato ad escludere già in via generale ed astratta la suscettibilità di diretta applicazione delle norme della Convenzione»: así G. CATALDI, «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 20 ss.

directamente aplicable a las relaciones jurídicas internas «en cuanto [aquél] tiene naturaleza pactada y, en consecuencia, eficacia vinculante para «las altas partes contratantes», y no para sus respectivos súbditos, a pesar de que el objeto del Convenio y de sus correspondientes obligaciones internacionales se refiere a aquéllos y a sus derechos fundamentales»²⁴.

A la luz de estos precedentes, es comprensible el interés con el que ha sido acogida la decisión *Polo Castro* de 1989, emitida por las Salas Conjuntas de la Casación Penal para resolver las divergencias jurisprudenciales anteriores²⁵, y unánimemente considerada como el punto de inflexión determinante para el reconocimiento de la «inmediata operatividad en Italia, de las normas del Convenio»²⁶.

²⁴ Así, Casación Penal, Sala I, 23 de abril de 1984, n. 2770, en *Rivista penale*, 1985, 298 (vid. también la jurisprudencia citada *infra*, nota 26). Provoca cierta perplejidad que una decisión relativamente reciente realice todavía este tipo de afirmaciones. De hecho, parece constituir la expresión de una orientación interpretativa del pasado, caracterizada por el principio según el cual «no obstante la adaptación, las normas internacionales no son invocables por los sujetos privados sino sólo entre Estados», del que comentaba Benedetto Conforti que «detto principio è talmente anacronistico e legato alla vecchia concezione «diplomatica» del diritto internazionale da non meritare confutazione»: *Diritto internazionale*, Napoli, 1987, 286 (en las ediciones más recientes, por otra parte, no se alude a este principio: así, por ejemplo, en la ya citada edición de 1999).

²⁵ Casación penal, Sala Conjunta, 8 de mayo de 1989, n. 1191, en *Cassazione penale*, 1989, 1418, y en la *Rivista di diritto internazionale*, 1990, 1037 ss.

²⁶ Debe recordarse que, anteriormente a esta sentencia, las Salas de lo Penal de la Corte de Casación habían asumido posiciones frecuentemente opuestas. De un lado, muchas decisiones afirmaban el carácter programático de las específicas normas del Convenio y, en ocasiones, la inidoneidad del tratado para asumir, por sí mismo, relevancia ante el juez interno, de forma análoga a la decisión citada *supra* en la nota 24: vid. por ejemplo, Casación Penal, Sala V, 20 de abril de 1998, n. 4790 («las normas del CEDH tienen carácter meramente programático y eficacia vinculante sólo para los Estados contrayentes y no para sus relativos súbditos, aunque se permita a éstos últimos recurrir ante la Comisión Europea de derechos del hombre tras la decisión interna de carácter definitivo. Derivado de ello, no pueden en consecuencia, hacerse valer, entre los motivos del recurso de casación, las violaciones de disposiciones del Convenio»); o Casación Civil, Sala Conjunta, 25 de marzo de 1988, n. 251 (en *Foro Italiano*, I, 1988, 1377: «el art. 398, *in fine*, del Código de Procedimiento Civil [...] no puede entenderse tácitamente derogado por incompatibilidad con el principio *ex art. 6, § 1* del CEDH que se refiere a la celeridad del proceso, desde la fecha de la relativa ley de ejecución, ya que la violación del principio mencionado puede ser sólo fuente de responsabilidad del Estado italiano frente a la parte lesionada por haberse superado los límites razonables a los que se refiere dicha norma»). De otra parte, desde la resolución *Iaglietti* de 1982, ha surgido una nueva tesis que, sobre la base de los arts. 1 y 13 del CEDH, justificaba la posibilidad de una protección directa frente al juez interno, de las posiciones reconocidas al particular por el acuerdo internacional. Concretamente, la necesidad del previo agotamiento de los cauces procesales internos era vista como una muestra de la posibilidad ofrecida al particular de recurrir a los instrumentos jurisdiccionales nacionales: Casación Penal, Sala I, 14 de julio de 1982, n. 6978, en *Giustizia penale*, 1983, III, 3 (y análogamente, Casación Penal, Sala I, 8 de septiembre de 1982, n. 7845, en *Rivista penale*, 1983, 513). Para un comentario detenido de estos supuestos, con un amplio análisis de juris-

En tal resolución, por otra parte, la casación no parece haber mantenido siempre diferenciadas las dos cuestiones —la inherente al tratado en sí, y la relativa a las concretas normas—, lo que puede verse también como una oportuna superación de tal distinción. La mención a las reglas que disciplinan en general las relaciones con el derecho internacional pactado y, en particular, al procedimiento de adaptación mediante reenvío, parece de hecho expresar una opción de fondo en relación al CEDH, mientras la sucesiva alusión al carácter *self-executing* parece derivada de la (y justamente valorada con referencia a la) singular previsión²⁷. El Tribunal, de hecho, distingue entre los casos en que «el acto o el hecho normativo internacional contenga el modelo de un acto interno completo en sus elementos esenciales, de tal forma que pueden crear sin más derechos y obligaciones [donde en tal caso] la adopción interna del modelo de origen internacional es automática (denominada adaptación, precisamente, automática)», y aquéllos donde, sin embargo, «el acto internacional no contenga dicho modelo, y no sea, en consecuencia, como suele decirse, *self-executing*, [por lo que] las situaciones jurídicas internas por aquél dispuestas necesitan, para su realización, de una específica actividad normativa del Estado». Sin embargo, afirmados estos principios, el Tribunal no se deja llevar por una valoración referida al CEDH en cuanto tal: de hecho, no se detiene en la operatividad del CEDH en abstracto y en general, sino en la norma singular de origen pactado a fin de valorar su idoneidad para resol-

prudencia, vid. por todos P. V. VALABREGA, «Invoking the European Convention on Human Rights in the Italian Supreme Criminal Court», en *Finnish Yearbook of International Law*, 1995, 279 ss. (del mismo autor, vid. más recientemente «L'applicazione giurisprudenziale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in Italia», en *Documenti giustizia*, 2000, 67 ss.).

En efecto, se reconoce que —teniendo en cuenta la relación de subsidiariedad que, como se ha dicho, liga y en cierto modo subordina las garantías del CEDH al derecho interno—, el funcionamiento del sistema supranacional parecer requerir que al particular le sea garantizada, no necesariamente la posibilidad de hacer valer ante el juez nacional las normas del (derivadas de la adaptación al) CEDH, sino más bien la de reclamar la tutela de los mismos derechos, hipotéticamente ya regulados por las normas nacionales. No obstante, de una parte, la posibilidad de una aplicación directa de las normas de adaptación al CEDH se configura como el modo más fuerte y penetrante de construir coherentemente aquella subsidiariedad; y de otro (o en otros términos), el hecho de que en los Estados miembros vengán aplicadas disposiciones con formulación análoga, en cuanto fruto de la trasposición de las del CEDH (o según otra tesis, la inmediata aplicación de las normas del tratado que gracias al procedimiento de adaptación vienen, en un cierto modo, nacionalizadas) representa evidentemente el cauce idóneo para favorecer el proceso de uniformidad del *standard* de tutela entre los diversos ordenamientos, incluso mediante la interacción de los órganos jurisdiccionales en la actividad interpretativa de aquellos textos.

²⁷ La Corte de Casación utiliza la locución adaptación automática que, en realidad, la doctrina habitualmente usa para referirse al derecho internacional general en virtud de la previsión del art. 10 y, más en general, a las formas de adaptación mediante reenvío a las fuentes, que operan como «*trasformatore permanente*»: vid. por todos, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 122 ss., y B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 305.

ver las controversias sometidas a su examen. Y es exactamente desde esta perspectiva bajo la que la sentencia ofrece la indicación más importante, pues para argumentar la aplicabilidad del art. 5.4 del CEDH²⁸ a un procedimiento de arresto con fines de extradición, hace referencia a los arts. 111.2 CI, 190.2 y 236-*bis* del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo que en el citado supuesto la norma pactada «se coloca como norma atributiva del poder para adoptar el remedio ya previsto en el Código de Procedimiento Penal [incluso] para los casos en que el ordenamiento interno no lo contemple, en contraste con el principio consagrado en el convenio (es decir, el ya aludido art. 5.4 en relación al párrafo 1 letra f) del mismo artículo)»²⁹. Y por lo tanto, en cierto modo «uniéndose» o «ligándose» a la propia regulación interna, la norma pactada podría producir así sus efectos gracias a una contextualización que permite aportar una regla específica. Se trata de una indicación, incluso de método, bastante significativa, al ofrecer el máximo relieve al CEDH mediante todos los instrumentos posibles de la actividad hermenéutica.

Se ha considerado oportuno citar con cierta amplitud la motivación de la decisión, bajo los dos distintos puntos de vista, por cuanto aquélla constituye el punto de referencia sobre la reflexión en Italia acerca del papel del CEDH. El análisis de la jurisprudencia sucesiva, en particular la de los jueces de casación, confirma la acogida de la tesis sobre la inmediata operatividad en el derecho interno de las normas de origen pactado, y su consecuente tendencia a considerarse idóneas para crear posiciones subjetivas inmediatamente accionables; si bien después, respecto a las específicas disposiciones, no faltan situaciones de incerteza.

Al respecto, es oportuno precisar que nuestra investigación se ha basado, fundamentalmente, en el examen de las decisiones de la Corte de Casación, ya sea civil o penal, quedando por lo tanto necesariamente condicionada por la peculiar estructura de este juicio³⁰. Y al respecto existe un dato que llama la atención de inmediato: la tendencia —inherente al contenido sustancial del instrumento internacional—, de utilizar el CEDH como parámetro de control de la regulación interna, antes que como base para fundar específicas demandas de los particulares.

Sin embargo, antes de profundizar en estas dos diversas cuestiones, debe subrayarse cómo en distintas sentencias, incluso recientes, la Corte de

²⁸ La citada disposición establece que «Cada persona privada de libertad mediante arresto o detención tiene el derecho de presentar un recurso ante un tribunal, a fin de que decida en un breve plazo de tiempo sobre la legitimidad de su detención y ordene la excarcelación si la detención fuese ilegítima».

²⁹ La controversia aludía a la posibilidad de recurrir en Casación la orden de captura emitida frente a una persona contra la que está en curso un procedimiento de extradición.

³⁰ Todas las sentencias mencionadas —incluso aquéllas que no son publicadas en específicas revistas— pueden encontrarse en la recopilación informática «Le leggi - IPSOA».

Casación —independientemente de la perspectiva desde la que el CEDH se haga valer—, ha afirmado el carácter programático de las normas singulares, considerando que contienen «meros principios de comportamiento para el legislador», y excluyendo, en consecuencia, su aplicación a los casos sometidos a su examen³¹. Los concretos supuestos que son objeto de tales resoluciones confirman dicha interpretación, incluso a la luz de la línea de valoración realizada en concreto por la sentencia *Polo Castro*. Es necesario, de todas formas, subrayar que, como ha apuntado Benedetto Conforti, la noción de norma *non self-executing* está «rigorosamente circoscritta» para evitar que se preste a «una inammissibile compressione della sfera di applicazione delle norme internazionali», en particular —se añade—, para evitar «quelle tendenze dirette ad utilizzare la distinzione tra norme internazionali *self-executing* e *non self-executing* a scopi in senso lato «politici», ossia per non applicare norme «indesiderate»³². A tal fin, el autor señala dos casos en los que la norma internacional no es directamente aplicable: cuando «attribuisca semplici facoltà agli Stati», y cuando «pur imponendo obblighi, non possa ricevere esecuzione in quanto non esistono gli organi o le procedure *indispensabili* alla sua applicazione»³³. En consecuencia, la verificación de estas hipótesis requiere de un análisis que vaya más allá de la simple afirmación del carácter «genérico» o «abstracto» de la norma; carácter que, de por sí, no excluye su idoneidad para incidir sobre la eficacia o sobre la validez de las normas que eventualmente se contrastan³⁴. Y de otra parte, no puede negarse la relevancia que a tales normas se atribuye en el sentido de orientar, de todos modos, la actividad interpretativa de los jueces.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia reciente no parece haber abandonado completamente la postura restrictiva a la que se ha aludido, y de hecho, la técnica usada en la sentencia *Polo Castro* para convertir en operativas las normas de origen pactado no acaba de ser confirmada. Únicamente, por la singularidad que la rodea, merece una mención la resolución de la Corte de Apelación de Florencia, que ha puesto en duda la inmediata aplicación del art. 1 del Protocolo 1 sobre el derecho de propiedad, y del art. 14 sobre el principio de igualdad, calificándolos como «normas extremadamente genéricas con eficacia claramente programática». Resolución revocada por la Corte de Casación que, sin embargo, ha confirmado que «tales normas [...] imponen a los Estados contrayentes verdaderas y pro-

³¹ Así, por ejemplo, la decisión de la Casación Civil, Sala Conjunta, 23 de febrero de 1999, n. 98, en materia de régimen disciplinario de abogados y procuradores, vid. *infra*, nota 38 (en *Rassegna forense*, 2000, 390).

³² Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 298.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Es notoriamente conocida la referencia a las primeras resoluciones de la Corte Constitucional sobre el carácter programático de las normas de la Carta Fundamental.

pías obligaciones jurídicas inmediatamente vinculantes y, una vez introducidas en el ordenamiento estatal interno, son fuente de derechos y obligaciones para todos los sujetos»³⁵. Además de este supuesto, es en materia de tutela de la libertad personal y del derecho a un proceso equitativo donde pueden hallarse las mayores limitaciones de la jurisprudencia que se analiza. Con una coincidencia de pareceres, tanto las secciones civiles como las penales de la Corte de Casación han excluido la inmediata aplicabilidad del art. 5.5 en materia de derecho a una reparación por una injusta detención o internamiento, poniendo de manifiesto que tal disposición prevé sólo un genérico derecho a la reparación, de modo que no se prestaría a una inmediata aplicación, constituyendo sólo un vínculo para el Estado³⁶. Por otra parte, también respecto a las garantías del derecho a un pro-

³⁵ Cfr. respectivamente, Corte de Apelación de Florencia, Sala de lo Civil, I, 8 de julio de 1994, n. 1177, y Casación civil, Sala I, 20 de febrero de 1998, n. 6672, publicadas ambas en *Rivista di diritto tributario*, 2000, II, 266 ss., con un comentario de V. MASTROIACOVO, *Una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di successioni*, *ibid.*, 275 ss.; vid. también, A. MARZANATI, «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 1380 ss.

En la controversia se daba respuesta al alcance del art. 6 del Decreto de Presidencia de la República de 26 de octubre de 1972, n. 637, que establece una forma diferenciada de medir el impuesto de sucesiones respecto a la diversa entidad de los patrimonios globalmente considerados. La Corte de Casación negaba la contradicción de tal norma con el art. 14 y el art. 1 del Protocolo n. 1 del CEDH, con una lectura posteriormente confirmada por la decisión del juez de Estrasburgo de 22 de junio de 1999, n. 46757 (la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden encontrarse en la web del Tribunal, en la dirección de internet: <http://www.echr.coe.int>).

³⁶ Cfr. Casación Civil, Sala III, 12 de enero de 1999, n. 254, en *Giustizia civile*, 1999, 2363: en este caso, la violación y errónea aplicación del art. 5.5 se aducía como motivo de impugnación de la sentencia de apelación que había negado su inmediata eficacia. La Corte Suprema, remitiéndose a sus propios antecedentes a partir de la resolución *Polo Castro* (si bien, sobre este punto específico, al caso *Giovannini*, Casación Penal, Sala Conjunta, 29 de mayo de 1992, n. 2, en *Giustizia penale*, 1992, III, 1), recuerda que las normas del CEDH son inmediatamente aplicables «a condición de que contengan el modelo de un acto interno completo en todos sus elementos esenciales, de tal modo que sea susceptible de generar, sin más, obligaciones y derechos; donde, sin embargo, el acto internacional no contenga dicho modelo, las situaciones jurídicas internas por éste impuestas necesitan, para su realización efectiva, de una específica actividad normativa del Estado»; sobre la base de tal premisa, «el art. 5.5 del Convenio Europeo, en virtud del cual «toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación» prevé un genérico derecho a la reparación, sin más especificaciones sobre la regulación de tal derecho, por lo que la indicada disposición no se presta a una inmediata aplicación y asume sólo el valor de una obligación para los Estados contratantes de darle efectividad mediante los instrumentos existentes en el derecho interno». De poco tiempo atrás es la resolución de la Casación Penal, Sala VI, 28 de julio de 1998, n. 1599 (en *Rivista penale*, 1998, 770) que declara manifiestamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad (*questione di legittimità costituzionale*) —al comprobar en el juicio incidental las condiciones necesarias para su reenvío a la Corte Constitucional—, promovida respecto al art. 314.2 del Código de Proce-

ceso justo se pueden observar cuestiones controvertidas, ya sea en cuanto a los ámbitos materiales de operatividad, como respecto a las específicas garantías³⁷. Así, la publicidad del proceso, por ejemplo, ha encontrado inmediata aplicación respecto al procedimiento ante la sección disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura, y sin embargo, recientemente, se

dimiento Penal en materia de reparación por injusta detención, afirmando —tras haber considerado insuficientes los parámetros constitucionales utilizados— que «el mismo Convenio Europeo de Derechos del Hombre, que sin embargo ha afrontado la cuestión, en el art. 5.5 contempla sólo genéricamente el «derecho a una reparación», sin mayores detalles. De este modo, a condición de que los Estados contrayentes cumplan con la obligación de dar eficacia a tal actuación, su regulación se remite al derecho interno. En otros términos, podría decirse que la consecución en el sentido más amplio de la equitativa reparación puede ser deseada, pero su extensión y características no son para el Estado, ni constitucionalmente, ni desde el punto de vista internacional de las obligaciones pactadas, vinculantes» (la cursiva es nuestra). Se trata de decisiones que se insertan en una orientación ya consolidada; entre otras pueden recordarse: Casación Penal, Sala Conjunta, 29 de mayo de 1992, n. 2, cit.; Casación Penal, Sala II, 19 de abril de 1991, en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, 816.

³⁷ En materia de derecho a la defensa pueden mencionarse: Casación Civil, Sala Conjunta, 3 de octubre de 1996, n. 8639 sobre la regulación del régimen disciplinario de los magistrados, con particular referencia al problema de la defensa técnica, donde se declara manifiestamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 6 CEDH en cuanto tal disposición «tutela genéricamente el derecho a la defensa, que en el caso controvertido no ha sido conculcado»; y Casación Penal, Sala IV, 15 de febrero de 1989, n. 2333 (en *Rivista penale*, 1989, 1222), donde respecto al derecho a la autodefensa se afirma que el CEDH «recoge una norma de carácter programático que contiene una afirmación de principio sin específicos preceptos y, como tal, no representa una modificación legislativa de las normas del vigente Código de Procedimiento, ni entra en conflicto con éste, ya que no sanciona la existencia de un derecho primario a la autodefensa del imputado». Sobre la prejudicial duración del proceso, vid. Casación Civil, Sala III, 8 de marzo de 1997, n. 2106 (en *Massimario del Foro italiano*, 1997), donde se observa respecto a la violación del art. 6 del CEDH, que tal norma «puede ser sólo fuente de responsabilidad para el Estado Italiano, que por ello se hace valer en el modo previsto por el mismo Convenio y fuera del proceso de cuya celeridad se discute —del que el Estado no es, por otro lado, parte—, sin invalidar de cualquier modo, el mismo proceso» (en términos análogos también, Casación 365/1985 y 251/1988). Finalmente, en referencia a la detención preventiva, vid. Casación Penal, Sala I, 31 de mayo de 1997, n. 2550, que al referirse a la suspensión de los plazos excluye que exista una contradicción con el CEDH «respecto a la «congruencia de los plazos del proceso», ya que la aplicación inmediata de las normas que modifican «*in peius*» la duración de la detención preventiva no está prohibida por las disposiciones del citado Convenio relativas a la duración del proceso, por otro lado, de naturaleza programática»; y Casación Penal, Sala I, 28 de mayo de 1996, n. 2549 (en *Giustizia penale*, 1997, III, 239), que respecto a la relación entre la duración máxima de la detención preventiva y el derecho proclamado en el art. 5.3 a ser juzgado en tiempo razonable o puesto en libertad, afirma que tal previsión «por su generalidad, debe entenderse no susceptible de ser insertada automáticamente en el ordenamiento de los Estados contrayentes y de inmediata aplicación por parte de sus órganos judiciales, necesitando, más bien al contrario, para su realización y completa aplicación, de una específica normativa estatal que dé ejecución a la directiva pactada, que ha de traducirse, pues, en disposiciones internas idóneas para regular relaciones jurídicas y generar obligaciones y derechos subjetivos».

ha excluido que la misma rigurosa interpretación del principio puede hacerse valer cuando se trata de la responsabilidad disciplinaria ante el Consejo General de la Abogacía³⁸.

A la vista de lo expuesto, puede en consecuencia constatarse la tendencia de los jueces ordinarios de excluir la inmediata operatividad de las normas de origen pactado a causa de su «generalidad» y de su «naturaleza programática», sin intentar completar la regulación internacional mediante su conexión con la normativa interna y, sobre todo, sin referirse a la jurisprudencia europea para precisar su significado e inspirarse, incluso en clave comparada, sobre sus requisitos de aplicación. La doctrina ha evidenciado así que en algunos casos —incluso de particular relevancia—, relativos a las garantías procesales, la Corte de Casación no ha hecho ninguna referencia al CEDH, limitándose a realizar una lectura de la regulación en clave exclusivamente nacional³⁹.

Llegados a este punto, procede analizar las resoluciones en que los jueces toman en consideración las normas de origen pactado sin poner en duda su operatividad. Teniendo en cuenta las consideraciones antes apuntadas y el hecho de que el análisis se ha desarrollado prevalentemente so-

³⁸ Cfr. la ya citada sentencia de la Casación Civil, Sala Conjunta, 23 de febrero de 1999, n. 98, en referencia al régimen disciplinario de abogados y procuradores, que niega la posibilidad de fundamentar directamente sobre el art. 6 del CEDH la obligación de publicidad de los procesos (en términos análogos, Casación Civil, Sala Conjunta, 1 de octubre de 1986, n. 5827: en *Corriere giuridico*, 1986, 1315). La misma cuestión fue puesta de manifiesto para los casos de responsabilidad disciplinaria ante el Consejo del Colegio de Arquitectos, si bien ante la falta de motivación sobre este punto el Tribunal no llegó a pronunciarse: Casación Civil, Sala III, 12 de julio de 1999, n. 7342 (en *Massimario della giurisprudenza italiana*, 1999; en la sentencia, por otra parte, se analizan diversas perspectivas del art. 6 de las que, no obstante, se niega la violación). La sentencia de la Casación Civil, Sala Conjunta, 10 de julio de 1991, n. 7662 (en *Giustizia civile*, 1992, I, 742), ha reconocido, sin embargo, el efecto derogatorio del art. 6 CEDH respecto al art. 34 del Decreto de Presidencia de la República n. 511 de 1946, que excluía la publicidad de los procesos de la Sección disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura (en idéntico sentido la resolución de la Sección disciplinaria del CSM de 5 de julio de 1985, en *Cassazione penale*, 1986, 398, con nota de FORTUNA, *La pubblicità dell'udienza dibattimentale nei procedimenti a carico dei magistrati dell'ordine giudiziario*).

³⁹ El comentario se refiere a la resolución de la Casación Civil, Sala Conjunta, 15 de octubre de 1999, n. 716, en *Giustizia civile*, 1999, I, 3243, relativa al juicio de equidad ante el juez de paz, sobre la que pueden consultarse las consideraciones de A. ROTTOLA, «Sulla compatibilità del giudizio di equità necessario del giudice di pace nella configurazione datane dalle sezioni unite della cassazione con l'art. 6, al. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, 688 ss.; se puede recordar también la decisión de la Casación Penal, Sala Conjunta, 10 de noviembre de 2000, n. 29 (en *Archivio della nuova procedura penale*, 2000, 634), relativa a la interpretación del art. 324 del Código de Procedimiento Penal referido a la notificación de la citación para la audiencia al imputado detenido que no tenía conocimiento previo de la revisión de su causa, donde la argumentación del Tribunal no contiene referencia alguna al Convenio Europeo.

bre decisiones de la Corte de Casación, debe destacarse que, en la mayor parte de los casos, la referencia al CEDH —o autónomamente, o bien más frecuentemente unidas a específicas normas de la Constitución—, constituye el motivo para negar la legitimidad de la regulación nacional. De otro lado, más raras son las hipótesis en que las normas de origen pactado se toman en consideración como regulación exclusiva del supuesto⁴⁰.

El primer bloque de cuestiones problemáticas que emergen de esta jurisprudencia es, por lo tanto, el inherente a las consecuencias que derivan de un eventual conflicto entre la normativa interna y el CEDH. Se trata de un tema especialmente complejo, que no parece que pueda agotarse acudiendo a la lógica y las reglas habituales del rango (es decir, del régimen de eficacia y validez) que debe ser atribuido a las normas de origen pactado en el sistema interno de fuentes. De hecho, no debe dejarse de lado la importancia de las singularidades que —como se ha visto al inicio—, caracterizan al «sistema CEDH»: por un lado, presenta aspectos reconducibles a los instrumentos internacionales de cooperación intergubernativa; pero de otra parte, se encuentran implicadas exigencias y técnicas cuya peculiaridad reside en sus específicos contenidos y objetivos (la tutela singular de los derechos humanos según un *standard* europeo uniforme), además de añadir a los mecanismos habituales de las obligaciones interestatales, la jurisdicción de un órgano supranacional al que accede directamente el ciudadano. En atención a estas circunstancias, no nos hemos detenido en los criterios generalmente utilizados para concretar la posición de las normas derivadas de la adaptación al derecho internacional pactado⁴¹, si bien, en la doctrina no ha faltado quien ha sostenido, sin embargo, que los citados caracteres del CEDH pueden legitimar que se fueren tales criterios a fin de asegurar de cualquier modo la prevalencia de los derechos⁴²; mientras tanto, la vía seguida por la jurisdicción ordinaria en caso de conflicto ha sido, básicamente, la de remitir la cuestión a la Corte Cons-

⁴⁰ Que por otra parte, como se ha señalado, han llevado frecuentemente a la Casación a negar la directa aplicabilidad de las normas de origen pactado.

⁴¹ Cfr. por todos Antonio d'Atena, que reconoce —en referencia al derecho internacional pactado—, cómo la emisión de las normas de adaptación deriva necesariamente del «*ordine d'esecuzione*», que en consecuencia determina también su posición en el sistema de fuentes, de tal modo que aquellas « — a seconda della forma che lo stesso, di volta in volta rivest[e] — si collo[cano] a livello costituzionale, legislativo o regolamentare»: «Adattamento del diritto interno al diritto internazionale», en *Enciclopedia giuridica*, I, Roma, 1988, especialmente 6.

⁴² En esta perspectiva parecen situarse las reflexiones de Antonio Ruggeri, según el cual «dove vi sia una copertura di valore possono saltare le sistemazioni usuali secondo forma», y ello con particular referencia a las «fonti di diritto internazionale costitutive (o ricognitive) di «nuovi» diritti, quale che sia la «tecnica» che ne consente l'immissione nel diritto interno»: A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993, especialmente 201 y 194 y, análogamente, del mismo autor, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1999, 130 ss.

titucional, buscando de diversas formas una «cobertura constitucional» para las normas de ejecución del CEDH o para lograr el respeto de las obligaciones que derivan de éste⁴³.

Teniendo en cuenta el perfil del presente trabajo, es necesario por lo tanto hacer una breve mención a las soluciones adoptadas por el juez de las leyes a fin de confrontarlas con las decisiones —realmente escasas—, en las que los jueces ordinarios han tomado, sin embargo, una posición directa sobre esta cuestión.

Al respecto, debe anotarse en líneas generales que, respecto al CEDH, la Corte Constitucional ha adoptado una postura «prudente» —por no decir restrictiva—, presidida por una rígida postura dualista de las relaciones con el derecho internacional pactado. Su orientación es definida y sintetizada, concretamente, en la sentencia n. 188 de 1980 —considerada desde entonces casi como una cláusula de estilo en las resoluciones más recientes—, donde se dice que «la Corte comparte la orientación mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia según la cual, a falta de una específica previsión constitucional, las normas pactadas —ejecutadas en el ordenamiento interno de la República—, tienen valor de ley ordinaria», con la consecuencia de que con ello se excluye «la misma posibilidad [...] de una cuestión de inconstitucionalidad, tanto más cuando [...] las disposiciones convencionales vienen consideradas, por sí solas, como parámetro del juicio»⁴⁴. Solo la sentencia n. 10 de 1993 ha delineado una significativa aper-

⁴³ Los intentos de ofrecer una «cobertura constitucional» al CEDH se han realizado desde dos vertientes. Por un lado, mediante una referencia a las normas relativas al derecho internacional: el art. 11 y el art. 10 de la Constitución Italiana. La mención en este último caso se hace, obviamente, a la regulación prevista por el derecho internacional general, pero puede valer también para el segundo párrafo del art. 10, donde se alude a los extranjeros: la atribución de un especial valor al CEDH debería asumir un carácter general también para los ciudadanos, no pudiéndose pensar en un trato de favor hacia los extranjeros. Por otro lado, se ha aludido sin embargo a la garantía de los derechos inviolables del hombre, en particular invocando una lectura del art. 2 CI como cláusula abierta. De todos modos, debe precisarse que ninguna de estas soluciones ha sido avalada por la Corte Constitucional que, por el contrario, siempre ha sostenido la tesis del rango primario del CEDH. Cfr. estas diversas posturas, entre otros, en P. MORI, «Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana», en *Rivista di diritto internazionale*, 1983, 306 ss.; G. RAIMONDI, «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1990, 36 ss.; G. SORRENTI, «Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"», in *Politica del diritto*, 1997, 349 ss. y del mismo autor, «La Corte corregge il giudice a quo o piuttosto...se stessa? In tema di "copertura" costituzionale della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 2301 ss.

⁴⁴ Cfr. Corte Constitucional, 22 de diciembre de 1980, n. 188, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1980, 1612 ss, especialmente 1626-1627. La lectura en clave dualista de las relaciones con el derecho internacional pactado ha sido confirmada también en el reciente pronunciamiento sobre el caso *Baraldini*, relativo a la Convenio Europeo sobre traslado de personas

tura en el sentido de apuntar a una prevalencia de las normas del CEDH sobre la legislación ordinaria, permaneciendo siempre sobre la línea de los criterios que regulan las relaciones entre fuentes, aunque intentando una adaptación al caso específico. La resolución afirma de hecho que tales normas «han sido incorporadas al ordenamiento italiano con la fuerza de ley propia de los actos contenidos en los respectivos *«ordini d'esecuzione»*, si bien precisando que aquéllas no pueden «ser abrogadas por las sucesivas disposiciones del código de procedimiento penal, no tanto porque éstas últimas están vinculadas a la prescripción contenida en el art. 2 de la ley de delegación de 16 de febrero de 1987, n. 81 [...], sino más bien porque *se trata de normas derivadas de una fuente reconducible a una competencia atípica*, y como tal, no susceptibles de derogación o modificación por parte de la legislación ordinaria»⁴⁵. Sin embargo, la resolución carece —como ha sido pues de manifiesto por la doctrina—⁴⁶ de una específica motivación respecto a las razones y caracteres que justifican tal atipicidad⁴⁷. Por ello mismo, la resolución supone, en consecuencia, un

condenadas, suscrito en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983. En la resolución n. 73/2001 se afirma, de hecho, que «Las normas de derecho internacional privadas de un particular fundamento constitucional asumen, sin embargo, en el ordenamiento nacional, el valor otorgado por la fuerza del acto que le da ejecución. [...] cuando tal ejecución se realiza mediante ley, el límite constitucional se le aplica por completo, del mismo modo que ocurriría con cualquier otra ley. Sometiendo a control de constitucionalidad la ley de ejecución del tratado, es posible evaluar su conformidad a la Constitución y llegar eventualmente a una declaración de inconstitucionalidad de la ley de ejecución en el caso y en la parte en que ésta introduzca en el ordenamiento normas incompatibles con la Constitución»: así, Corte Constitucional, 22 de marzo de 2001, n. 73, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 428 ss., con un comentario de D. ALBERGHINI, *Le norme internazionali pattizie di fronte alla Corte: questioni nuove?*

⁴⁵ La cursiva es nuestra. Corte Constitucional, 19 de enero de 1993, n. 10, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 52 ss., con un comentario de E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*. Debe recordarse que la ley de delegación 81/1987 para la elaboración del nuevo Código de Procedimiento Penal, había previsto expresamente en su art. 2 que «el código de procedimiento penal debe [...] adecuarse a las normas de los convenios internacionales ratificados por Italia, relativos a los derechos de la persona y al proceso penal», posibilitando así que el CEDH pueda considerarse como norma interpuesta en la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte Constitucional, en la resolución citada, parece referirse a una cuestión diversa y de carácter más general.

⁴⁶ Ernesto Lupo, por ejemplo, se pregunta si tal especialidad se justifica sobre el plano del procedimiento de adopción de las normas de adaptación o, por el contrario, sobre la materia de los derechos humanos: *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, cit., 73.

⁴⁷ Ha de subrayarse, por otra parte, que la doctrina internacionalista sostiene desde hace un tiempo una solución de este tipo, basada sobre el reconocimiento de la «especialidad» que caracteriza a las leyes de ejecución. La regulación sucesiva las podría derogar sólo si expresa, además de la voluntad de regular de forma distinta una materia determinada, la intención de revocar la obligación asumida a nivel internacional de respetar un determinado tratado: así,

momento de incerteza o un disenso puntual: en efecto, la Corte no ha retomado con posterioridad esta tesis que, sin embargo, merece ser recordada, y que representa de todos modos —dentro de la citada postura basada en los criterios que regulan la relación entre fuentes—, el intento más avanzado de garantizar el respeto a las Declaraciones de Derechos de las que Italia forma parte.

Una vía diferente parece seguirse en los últimos años cuando se ha intentado pasar a una postura centrada más bien en elementos sustanciales; en particular subrayándose (o recuperando) el papel del CEDH desde el plano interpretativo. En tal sentido, la más amplia apertura ha tenido lugar a través de la sentencia n. 388 de 1999, donde la Corte ha sostenido que, «independientemente del valor atribuido a las normas pactadas —que no se colocan de por sí a nivel constitucional, correspondiendo al legislador darles aplicación inmediata—, ha de hacerse notar que los derechos humanos garantizados por las cartas internacionales o regionales encuentran su expresión y no menor garantía en la Constitución: no sólo por el valor otorgado al general reconocimiento de los derechos inviolables del hombre que se desprende del art. 2 CI, considerados en la actualidad como esenciales a la dignidad de la persona, sino también porque, más allá de la coincidencia de tales derechos en los catálogos, las diversas formulaciones con que se expresan se integran y completan recíprocamente a través de la interpretación»⁴⁸. En consecuencia, como puede observarse la cuestión de una eventual cobertura constitucional especial del CEDH no se pone en discusión (o quizá, simplemente es dejada de lado) en cuanto no prejuzga la posibilidad o, más bien, la neta opción a favor de su significativa utilización en clave interpretativa, incluso por parte del juez ordinario⁴⁹.

B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 314 ss. y con especial referencia al CEDH, G. RAIMONDI, «Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 422 ss.

⁴⁸ Corte Constitucional, 22 de octubre de 1999, n. 388, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 2991 ss., con un comentario de C. PINELLI, «La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 2997 ss., y de L. MONTANARI, «Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 3001 ss. Gustavo Zagrebelsky ha destacado como en tales consideraciones se encuentra ínsita la posibilidad de dar un vuelco a la actual tesis del papel del CEDH en el ordenamiento italiano, que parte del presupuesto de su carencia de valor constitucional: así, en la conferencia sobre «Corti europee e corti nazionali», impartida en la Universidad Luiss di Roma, el 12 de enero de 2001. No ha faltado, sin embargo, quien ha puesto el acento en la confirmación por parte del juez constitucional, del rango legislativo del CEDH, criticando más bien la excesiva apertura realizada sobre el plano interpretativo: cfr. M. LUCIANI, *I trattati non sono la Costituzione*, en *Italia Oggi*, 25 de octubre de 1999, 34 y, más en general, A. PACE, «Metodi interpretativi e costituzionalismo», en *Quaderni costituzionali*, 2001, 35 ss.

⁴⁹ Incluso en este caso, la apertura manifestada por la Corte Constitucional no parece encontrar una particular confirmación en la jurisprudencia sucesiva, donde la remisión al CEDH

Sin embargo, como ya se ha anticipado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si bien constituye un supuesto de la máxima importancia, no agota el marco de referencia. De hecho, poseen también una relevancia propia las orientaciones de los jueces ordinarios, en particular respecto a los supuestos en que éstos, en lugar de dirigirse a la Corte Constitucional, asumen la capacidad de definir directamente las relaciones entre la regulación interna y las normas del (o derivadas del) CEDH. En estos casos, por otra parte, la cuestión se aborda necesariamente desde la perspectiva de la eficacia de tales normas y, en particular, de su fuerza activa y su resistencia pasiva a la derogación. Bajo el primer punto de vista, excepto algunas actitudes reticentes al inicio, se ha reconocido obviamente la idoneidad de las normas del Convenio para derogar la legislación anterior con la que se halla en conflicto⁵⁰. Sin embargo, más compleja es su relación con las normas sucesivas.

Al respecto, parece predominar la confirmación de las argumentaciones de la citada sentencia n. 188 de 1990 de la Corte Constitucional en las resoluciones de los jueces de casación, afirmándose pues el valor de ley ordinaria de las normas derivadas de la adaptación al CEDH, e intentando recuperar el papel del plano de la interpretación⁵¹. Ha de hacerse notar, sin embargo, que también respecto a la relación entre las fuentes existe un

vuelve a ser meramente formal. Se pueden recordar, por ejemplo, las argumentaciones de la resolución n. 376 de 2000, en materia de expulsión, donde la Corte señala que el principio de protección de la unidad familiar que se encuentra en la base de la declaración de ilegitimidad de la norma impugnada, está reconocida no sólo en nuestra Constitución, sino también en las disposiciones de los tratados internacionales ratificados por Italia (entre ellos, los arts. 8 y 12 del CEDH). Del conjunto de las normas internacionales alegadas según el parecer de la Corte «emerge un principio, plenamente proclamado en los arts. 29 y 30 CI, en base al cual debe reconocerse a la familia la más amplia protección y asistencia...»: no existe, por lo tanto, ninguna mención a la hipótesis de la integración de los catálogos afirmada en la resolución de 1999. Cfr. Corte Constitucional, sentencia de 22 de julio de 2000, n. 376, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 2675 ss.

⁵⁰ Posturas de carácter más limitado se encuentran en la jurisprudencia más consolidada, en relación con la circunstancia del carácter no *self-executing* asignado al tratado (Casación Civil, Sala Conjunta, 25 de marzo de 1988, n. 251: en *Foro italiano*, 1988, I, 1377). Respecto a la afirmación del efecto abrogativo del CEDH, vid. por todas la ya citada resolución de la Casación Civil, Sala Conjunta, 10 de julio de 1991, n. 7662, según la cual el art. 6 del CEDH ha determinado la tácita derogación del art. 34 del Decreto de Presidencia de la República n. 511 de 1946, que excluía la publicidad de las audiencias de debate de la Sección disciplinaria del CSM.

⁵¹ Se puede hacer referencia, a título de ejemplo, a la resolución de la Casación Penal, Sala Conjunta, 26 de abril de 1990, donde viene textualmente citada la decisión de la Corte Constitucional 188/1980, si bien, al mismo tiempo, poniendo en evidencia cómo las normas del Convenio (en realidad la Corte hace referencia a aquéllas que no se prestan a una aplicación inmediata «por su generalidad y abstracción») «tienen un valor programático para el legislador nacional y se imponen, en cada caso, como criterios de lectura e interpretación de la Constitución y de las leyes ordinarias»: en *Cassazione penale*, 1991, 389 ss.

punto de inflexión en la evolución de la jurisprudencia ordinaria que coincide con la sentencia *Medrano* de 1993⁵². La resolución, como la doctrina no ha dejado de poner de manifiesto, es inmediatamente sucesiva a la n. 10 de 1993 de la Corte Constitucional, y parece acoger tal apertura aunque con argumentaciones no del todo convincentes.

Sin perjuicio de que volvamos con posterioridad sobre los aspectos sustanciales de la citada resolución, es importante destacar ahora el modo en que la casación ha procedido a argumentar respecto a la resistencia pasiva de las normas derivadas del CEDH. Partiendo del reconocimiento de su inmediata aplicación, afirmada en la decisión *Polo Castro*, los jueces de casación se han planteado las «relaciones entre tales disposiciones y la normativa ordinaria (de igual grado y competencia) sucesiva»; y han reconocido una «particular fuerza de resistencia a las normas que tiene su origen en el convenio, respecto a la normativa ordinaria sucesiva», enlazándola «con la naturaleza de principios fundamentales del ordenamiento que debe reconocerse a las disposiciones del Convenio como consecuencia de su inserción en el ordenamiento italiano». Esta calificación, que por otro lado no se presenta como decisiva frente a la no derogabilidad de los citados «principios», provoca perplejidad también respecto a la argumentación desarrollada por la Corte para justificarla: ligada, de hecho, a la relevancia asumida por las normas del CEDH en el plano del Derecho comunitario a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como si la posición del CEDH en el Derecho interno derivara indirectamente de la circunstancia de formar parte del ordenamiento comunitario⁵³. Se trata de una solución difí-

⁵² Casación Penal, Sala I, 10 de julio de 1993, en *Rivista di diritto internazionale*, 1994, 530 ss.

⁵³ La Corte afirma, en particular, que si tal calificación era ya justificable sobre la base del art. 2 CI, ahora, sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el momento en que ha tomado en consideración en su propia jurisprudencia los principios generales del derecho proclamados en el CEDH, «ha aclarado, en efecto, que tales principios debían haber sido tenidos en cuenta ya por los jueces nacionales». Esta tesis no ha dejado de suscitar dudas en la doctrina en torno a la oportunidad de realizar una remisión al ordenamiento comunitario para justificar una especial «resistencia pasiva» de las normas derivadas de la adaptación al CEDH: vid. por todos, P. PUSTORINO, «Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, 23 ss., y G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., especialmente 429.

Puede recordarse que una postura análoga, que justifica la aplicación de las normas del CEDH a través del derecho comunitario, ha sido propuesta por Irlanda, si bien la motivación era muy diferente. Irlanda —como es sabido— es el único Estado miembro que no ha incorporado el CEDH al derecho interno y, por lo tanto, la referencia a los principios fundamentales del derecho comunitario constituye la única vía, si bien indirecta, a través de la cual en algunos casos las normas del CEDH pueden asumir relevancia ante los jueces nacionales: vid. por ejemplo, A. CONNELLY, «Ireland and the European Convention», en AA.VV., *Human Rights and the European Convention*, B. DICKSON (comp.), London, 1997, 185 ss.

cilmente sostenible que, de un lado, reduce el significado de la participación de Italia en el sistema instaurado por el Consejo de Europa y, de otro, podría provocar problemas de coordinación en el ámbito de las relaciones con los dos Tribunales Europeos⁵⁴.

En la jurisprudencia posterior no se encuentran intentos de fundamentar de un modo diverso la resistencia de las normas de origen pactado frente a la abrogación por parte de la legislación ordinaria posterior. Se atiende, pues, al argumento del carácter atípico de la fuente, según sostiene la Corte Constitucional en la decisión n. 10 de 1993⁵⁵, aunque no obstante esta postura, los jueces no llegan a desaplicar la normativa interna, buscando más bien resolver de todos modos el conflicto desde el plano interpretativo. Es más, puede destacarse que, concretamente, en las decisiones en que los jueces ordinarios afrontan de modo directo el problema de la relación entre las fuentes —con el reconocimiento de la igual ordenación o más bien de la prevalencia del Convenio—, se encuentran los intentos más elaborados de construir un significado tal de las normas internas de forma que resulten compatibles con los principios del Convenio, incluso a través de un atento análisis de la jurisprudencia de Estrasburgo⁵⁶.

⁵⁴ En realidad, el problema de la relación con el derecho comunitario es más complejo en el sentido de que, en algunos casos, las normas del Convenio pueden ser aplicadas en el derecho interno en las materias de competencia comunitaria y, en consecuencia, por el trámite del derecho comunitario. Esto determina, en consecuencia, la posibilidad de que el eventual conflicto con la normativa interna sea sometido al control de los jueces de Luxemburgo. Es el caso, por ejemplo, de la reciente «ordinanza» mediante la cual el TAR (Tribunal Administrativo Regional) de Lombardía ha remitido al Tribunal de Justicia la cuestión relativa a la desaplicación de las cláusulas de un concurso público por encontrarse en conflicto, entre otras cuestiones, con el principio de efectividad de la tutela jurisdiccional establecido en los arts. 6 y 13 del CEDH y asumido por el art. 6.2 del Tratado (TAR Lombardía (Milán), Sala III, 8 de agosto de 2000, n. 234, en *Urbanistica e appalti*, 2000, 1243, así como en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 1166, con un comentario de C. LEONE, «Diritto comunitario ed atti amministrativi nazionali», *id.*, 1174 ss.); una cuestión análoga ha sido declarada infundada por la Corte de Casación en referencia a la regulación de la conversión de los contratos de aparcería en contratos de arrendamiento, que el recurrente consideraba contraria a la regulación comunitaria y al art. 1 del Protocolo n. 1 del CEDH (Corte de Casación, Sala de lo Civil, III, 22 de junio de 1994, n. 6012, en *Rivista di diritto agrario*, 1995, II, 27 ss.). Entre otras cosas, como confirmación de los complejos problemas que se deducen de la interrelación entre los diversos sistemas, debe hacerse notar que la resolución interna adoptada a propósito del reenvío pre-judicial al Tribunal de Luxemburgo, podría motivar, con posterioridad, un recurso de los particulares ante los jueces de Estrasburgo.

⁵⁵ Así, por ejemplo, TAR Lombardía, III, 11 de abril de 1996, n. 463, en *Corriere giuridico*, 1996, 935 ss., con un comentario de V. TAVORMINA y, más recientemente, Casación Civil, Sala I, 20 de febrero de 1998, n. 6672, cit., que alude al precedente de la Corte Constitucional; vid. las observaciones críticas de A. MARZANATI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno*, cit., *passim*. Respecto al derecho comunitario, véanse también algunas recientes resoluciones de la Corte de Apelación de Génova, con nota de P. IVALDI, en *Bolletino ligure di giurisprudenza del lavoro e della previdenza sociale*, febrero de 2001.

⁵⁶ Se puede recordar el caso de la ya citada resolución *Medrano*, e incluso otras hipótesis

Muchos más son los casos en que, sin embargo, los jueces no afrontan directamente los problemas de elaboración de una tesis general sobre el tema, limitándose a verificar la eventual violación de las normas del CEDH por parte de la legislación nacional ante la perspectiva de un eventual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Respecto a esta cuestión pueden destacarse algunos aspectos de interés. Ha de hacerse notar, ante todo, que las normas del CEDH, cuando son citadas junto a disposiciones constitucionales, no parecen asumir una importancia autónoma, ni siquiera sobre el plano interpretativo. En algunos casos, en la motivación de la resolución no aparece una mención a las normas de origen pactado, quedando limitado el control a las constitucionales⁵⁷. Y es incluso notorio que, desde el plano de la argumentación, frente a referencias notablemente articuladas a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no existe sin embargo señal alguna de la jurisprudencia europea⁵⁸.

en que la Corte de Casación se interroga sobre la ubicación de las normas de origen pactado en el sistema de fuentes. Valga por todas la sentencia *Vierin*, en la que, aún atribuyéndose a tales normas —según la tesis más extendida— el valor de ley ordinaria, el juez de casación ha tomado en consideración con particular atención la interpretación otorgada a tales normas por el Tribunal de Estrasburgo: Casación Penal, Sala Conjunta, 26 de abril de 1990, en *Cassazione penale*, 1991, 389 ss.

⁵⁷ Puede recordarse, por ejemplo, la resolución de la Casación Civil, Sala Conjunta, 8 de octubre de 2001, n. 12345 (en *Massimario del Foro italiano*, 2001), relativa a la impugnación de las deliberaciones del Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa, en la que el recurrente hace valer la violación de los arts. 6 CEDH y 111 CI, mientras en la motivación la Corte de Casación se refiere exclusivamente a los principios constitucionales (análogamente, Casación Penal, Sala Conjunta, 7 de febrero de 2001, n. 36).

Consideraciones similares han sido expuestas por los jueces administrativos: vid. G. GRECO, «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto amministrativo in Italia», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 25 ss., que recuerda un episodio en materia de expropiación («*vincoli preordinati all'espropriazione*»), en el que la Sala IV del Consejo de Estado había propuesto una cuestión de inconstitucionalidad con base en las normas del CEDH y en la jurisprudencia de Estrasburgo. La Asamblea plenaria, sin embargo, decidió remitir la cuestión a la Corte Constitucional sin referirse al CEDH y en idéntico sentido, en consecuencia, se pronunció el juez de la legislación (*ibid.* 40-41).

⁵⁸ Cfr. Casación Penal, Sala VI, 17 de abril de 2001, n. 15861, sobre la falta de atribución del poder de recusación a la persona ofendida por el delito (donde se limita a afirmar que «el art. 111 impone al legislador el deber de asegurar a la parte un juez independiente e imparcial, no de forma diversa, por otra parte, de cómo está previsto en el art. 6 del CEDH [...]; garantía limitada, de todos modos, a la fase procesal y no extensible a las investigaciones preliminares»; así, toda la argumentación está elaborada sobre la base de las resoluciones de la Corte Constitucional); Casación Penal, Sala Conjunta, 5 de abril de 2001, n. 3, sobre el transcurso de los plazos *ex art. 27* del Código de Procedimiento Penal para la emisión de una nueva «*ordinanza*» aplicativa de la medida restrictiva (donde, para sostener su interpretación de la disposición, la Corte destaca como «en el balance entre las exigencias organizativas de las oficinas judiciales, de un lado, y el derecho de la persona afectada por la medida restrictiva de obtener un rápido examen de su posición, de otro, no es este último elemento el que debe prevalecer desde el respeto de los arts. 13.1, 111.2 CI, 5.4 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, y 9.4

Incluso en los casos en que el exclusivo parámetro de control está constituido por el CEDH, no se encuentra en las resoluciones de los jueces de casación una particular argumentación basada en las orientaciones desarrolladas a nivel supranacional⁵⁹. Se puede recordar, a título de ejemplo, la cuestión relativa a la interpretación del art. 160 del Código de Procedimiento Penal relativo a la eficacia suspensiva del decreto de citación a juicio, que ha provocado un reciente pronunciamiento de las Salas Conjuntas de la Casación penal ante el desarrollo de dos líneas interpretativas con-

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», también en este caso argumentando sobre la base de la jurisprudencia interna); Casación Civil, Sala III, 9 de junio de 1999, n. 5694 (en *Danno e responsabilità*, 1999, 1213), que rechaza la cuestión de inconstitucionalidad en referencia a la prescripción y a la garantía de los derechos de los menores, reconociendo que la regulación nacional no presenta aspectos conflictivos con la exigencia de tutela prevista en el art. 6 CEDH (si bien la tesis se elabora siempre con arreglo a las normas nacionales: es más, acerca de la «supuesta imprescriptibilidad limitada de los derechos de los menores, que es asumida como principio general del derecho inspirado en las citadas normas internacionales recibidas en el derecho interno», la Corte se limita a afirmar que «tal inspiración, por otra parte, no resulta del todo expresa desde dichas normas, aunque debe admitirse que, progresivamente, su contenido pase a ser preceptivo y vinculante para el juez nacional»); Casación Civil, Sala III, 12 de junio de 1999, n. 5819 (en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1999), sobre el funcionamiento de la Comisión Central para los que ejercen actividades sanitarias y su eventual calificación como «*collegio perfetto*» —en el sentido de valorar si, por la naturaleza de su función, deben serles de aplicación las reglas y garantías propias del ejercicio de la actividad jurisdiccional—.

⁵⁹ Pueden recordarse, al respecto, Casación Penal, Sala IV, 4 de agosto de 2000, n. 2748 (en *Archivio della nuova procedura penale*, 2000, 507), sobre la necesidad de redactar la «*ordinanza*» de detención preventiva en la lengua conocida por el sujeto investigado; Casación Civil, Sala I, 29 de septiembre de 1999, n. 10786 (en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1999) en materia de derechos de los hijos y ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad, donde se afirma que no es preciso atender (a fin de justificar una supuesta ilegitimidad de la regulación nacional) al art. 6 CEDH, que prevé el derecho a un proceso equitativo ante un juez imparcial, «puesto que las normas vigentes aseguran ya al menor —por las razones que se exponen— la máxima tutela a fin de lograr la investigación judicial de la paternidad natural»; Casación Civil, Sala Conjunta, 5 de febrero de 1999, n. 39 (en *Giustizia civile*, 1999, I, 2718 ss.), siempre en referencia al Consejo General de la Abogacía, que excluye la violación del art. 6 CEDH respecto a la falta de calificación del órgano como «*collegio perfetto*»: tras haber argumentado sobre la base de la jurisprudencia constitucional, la Corte concluye afirmando que «no se confirma ni siquiera la denunciada violación del art. 6 de la Declaración, ratificada por la Ley n. 848, de 5 de agosto de 1955, porque se respeta plenamente el derecho de cada ciudadano a ser juzgado por un *tribunal indépendant et impartial, établi par la loi*»; Casación Civil, Sala III, 4 de julio de 1997, n. 6039 (en *Foro italiano*, 1997, I, 2853) en materia de seguros y tutela de la vida privada respecto de los datos personales comunicados a la compañía aseguradora, donde la Corte, excluida la lesión del derecho interno, se limita a confirmar que se ha realizado una «valoración absolutamente congruente que, además, aparece presidida por la consideración de que en el ámbito del derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, debe excluirse una obligación de explicitar comportamientos pasados de carácter ilícito o poco honorables, al contrayente con el que se quiere estipular un contrato de seguro».

trapuestras, sobre la base de la aplicación e interpretación del art. 6 CEDH. Así, de un lado, se sostenía que la eficacia suspensiva dependía de la notificación del decreto a los imputados en los plazos pertinentes, en cuanto instrumento que contribuye a garantizar la razonable duración del proceso penal⁶⁰. Pero, de otra parte, se colocaba el acento en el carácter sustantivo y no procesal de la prescripción, destinada por ello a poner de manifiesto la persistencia del interés del Estado en la punición del autor de la conducta ilícita, perspectiva ésta última en la que no valdría la remisión al art. 6, puesto que, de todos modos, a la emisión del acto de citación sigue necesariamente su comunicación al imputado⁶¹. En la resolución n. 13390 de 1998 las Salas Conjuntas han confirmado la orientación fundada «sobre el «dogma» de la naturaleza sustantiva y no procesal del instituto de la prescripción en materia penal», señalando respecto a la manifiesta violación del CEDH, que «parece bastante aventurado según este Tribunal, deducir como ineludible consecuencia preceptiva del art. 6.3 del Convenio, la regla de la necesaria notificación del acto que interrumpe la prescripción, teniendo en cuenta la absoluta generalidad del texto del Convenio en este punto; especialmente cuando en el ordenamiento interno exista una regulación normativa (la del art. 160 del Código de Procedimiento Penal), dotada de mayor especificidad y carácter taxativo»⁶².

En líneas generales, podría decirse que la argumentación de la Corte de Casación se articula, en las diversas resoluciones citadas, básicamente por referencia al dato normativo y a la reconstrucción conceptual elaborada en el ordenamiento interno, sin que el alcance del art. 6 del CEDH venga detallado a través del recurso a la jurisprudencia europea.

Ni siquiera el análisis de las resoluciones en las que los jueces realizan una inmediata referencia al CEDH para fundar la pretensión del particular lleva a conclusiones significativamente diferentes. Se puede evocar, a título de ejemplo, el caso del art. 8 sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que con frecuencia viene considerado —sobre todo por los jueces administrativos— como un límite frente al derecho de acceso a los documentos previsto en la Ley n. 241 de 1990. La norma pactada es utilizada para confirmar la subsistencia del derecho que, además de encontrar fundamento en el art. 2 CI, «es reconocido expresamente también en algunos actos internacionales, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos», aunque sin referencia alguna a las peculiaridades de este instrumento⁶³.

⁶⁰ Inaugura esta orientación la decisión de la Casación Penal, Sala I, 24 de mayo de 1986, n. 4216 (en *Giustizia penale*, 1988, III, 18).

⁶¹ Sobre esta cuestión se habían pronunciado ya las Salas Conjuntas a través de la decisión de 31 de marzo de 1994, n. 3760, en *Foro italiano*, II, 403 y en *Diritto e pratica tributaria*, 1995, II, 1076, con nota de V. D'AMBRA, *ibid.*, 1080 ss.

⁶² Cfr. Casación Penal, Sala Conjunta, 18 de diciembre de 1998, n. 13390.

⁶³ Así, Consejo de Estado, Sala VI, 5 de enero de 1995, n. 12, en *Consiglio di Stato*, 1995, 65 ss.; análogamente, TAR, Umbría, 5 de marzo de 1995, n. 83, en *Tribunali amministrativi*

Tal acercamiento podría leerse como un signo de mayor apertura y conciencia de que el CEDH constituye ya un elemento natural entre los instrumentos de que dispone el juez: aunque conviene no olvidar los riesgos que pueden derivarse de una lectura que prescindiera de una referencia al sistema supranacional.

Así, el hecho de que la atención del juez se concentre preferentemente sobre el sistema nacional puede llevar, efectivamente, a situaciones particularmente problemáticas en los casos en que una determinada regulación supera el examen de los jueces internos y, en particular, de la Corte Constitucional, pero es posteriormente «condenada» por el Tribunal de Estrasburgo. El ejemplo más reciente proviene del denominado «acceso invertido», que la Corte Constitucional había sustancialmente legitimado en las resoluciones en materia de indemnización limitándose a afirmar, respecto a la eventual violación del CEDH, que las normas pactadas «nada añaden» a las previsiones constitucionales en materia de derecho de propiedad. Tal postura fue asumida —si bien con una motivación más articulada, que buscaba tener en cuenta también las decisiones de condena ya pronunciadas a nivel europeo— por la Corte de Casación, que de todos modos concluía afirmando que «la *«occupazione appropriativa»* no viola el Convenio en relación a la tutela del derecho de propiedad». De forma totalmente opuesta, sin embargo, ha sido reconstruido el mismo supuesto por el Tribunal de Estrasburgo, que ha confirmado la lesión del art. 1 del Protocolo n. 1⁶⁴. Se trata de situaciones problemáticas, existentes también en otros ordenamientos⁶⁵, que son en realidad sustancialmente inherentes al

regionali, 1995, 2410 ss.; TAR, Lazio, 17 de julio de 1998, n. 1854, en *Tribunali amministrative regionali*, 1998, I, 2970. En materia diversa, vid. también las resoluciones del TAR de Lombardía, que ha justificado a través de los arts. 6 y 13 del CEDH, la previsión de un asesoramiento técnico de oficio en relación a los actos dictados en virtud de una potestad discrecional técnica: al respecto, TAR, Lombardía (Milán), Sala III, 12 de mayo de 1997, 586, en *Foro amministrativo*, 1997, 1725 ss., con nota de L. R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, *ibid.*, 1727 ss.

⁶⁴ El supuesto en su integridad, con referencia al texto de la resolución, es tratado por S. BONATTI, «Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 1077 ss., vid. también R. INVERNIZZI, «Accessione invertita e CEDU: punti di vista», en *Rivista giuridica edilizia*, 2000, 595 ss. En otros casos, la valoración de los jueces internos y de los supranacionales converge, como en el caso ya citado de la relación entre el art. 1 del Protocolo n. 1 y el art. 6 del Decreto de Presidencia de la República n. 632 de 1970 (vid. *supra*, nota 35), si bien la ausencia de referencias a la jurisprudencia europea no puede más que dejar abierta la duda sobre el carácter casual de tal sintonía.

⁶⁵ Una situación similar ha tenido lugar recientemente también en Francia. En realidad, en el caso francés la situación es más compleja a consecuencia del carácter preventivo del control de constitucionalidad y del rechazo por parte del Consejo Constitucional, de la potestad de controlar el respeto a los tratados internacionales (que como es sabido en aquel ordenamiento se colocan a nivel super-legislativo), de manera que son los jueces ordinarios a través del denominado control de «convencionalidad», los que inaplican la regulación interna que entra en

funcionamiento del sistema, pero respecto a las cuales se llega a conclusiones particularmente engañosas. De hecho, el Juez europeo ha reconocido su propia competencia de control de cada aspecto de los ordenamientos nacionales⁶⁶, comprendidas las decisiones de los Tribunales Constitucionales: pero al tiempo, es evidente que en estos casos el juez ordinario se encuentra condicionado por la interpretación del Juez de Estrasburgo y la de su propia Corte Constitucional nacional, fundamentalmente a consecuencia de la peculiar naturaleza de las normas del CEDH, que están vigentes en el ordenamiento interno al mismo tiempo que son continuamente objeto de la jurisprudencia supranacional. Como ha podido verse, aunque posibles, estas hipótesis son consideradas como casos límite a fin de no poner en riesgo la supervivencia del todo el sistema. El reconocimiento de tal eventualidad confirma una vez más la centralidad del diálogo entre las Cortes para el funcionamiento del sistema de garantía, donde los jueces nacionales pueden ofrecer momentos de reflexión ante situaciones nuevas, y el Tribunal de Estrasburgo se convierte en garante a fin de que el «margen de apreciación» dejado a los órganos estatales en el momento de aplicación de las normas del Convenio no desemboque en una «liberté à double vitesse»⁶⁷.

conflicto con las normas de origen pactado. Se puede observar en consecuencia, que sobre las mismas normas se entrecruzan el control preventivo por parte del *Conseil*, con base en la Constitución, y el sucesivo por los jueces ordinarios, en virtud del CEDH. Al respecto puede aludirse, por ejemplo, a la jurisprudencia en materia de *validation législatives*. En este ámbito han intervenido tanto el juez constitucional como el Tribunal de Estrasburgo, hasta tal punto que la doctrina ha subrayado la clara correlación entre el pronunciamiento de condena de 28 de octubre de 1999 del juez europeo y las sucesivas resoluciones 99-422 y 99-425 del Consejo Constitucional que, aunque se remitían al bloque de constitucionalidad, parecían tener en cuenta la interpretación supranacional. A pesar de esta tentativa de coordinación, pocos años después una *loi de validation* considerada conforme a la Constitución ha sido, sin embargo, inaplicada por la Corte de Casación por lesión de los principios de la primacía del derecho y del derecho a un proceso equitativo, según el modo en que han sido interpretados por el Tribunal Europeo en la sentencia recién citada (cfr. Corte de Casación, Sala de lo Social, 25 de abril de 2001, *Association Être enfant au Chesnay c. Terki*; sobre estas cuestiones, B. MATHIEU, «Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle», en *Rèvue française de Droit administratif*, 2000, 289 ss. y J.-Y. FROUIN-B. MATHIEU, *Devant la Cour de cassation*, *ibid.*, 2001, 1057).

⁶⁶ En definitiva, esta postura ha sido sostenida por el Tribunal en la resolución *Partido comunista turco c. Turquía*, con la afirmación de que el art. 1 CEDH «*ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la «juridiction» des États membres à l'empire de la Convention*»: entendiendo pues que resultan afectadas todas las formas de manifestación de la autoridad estatal. La decisión ha sido publicada en *Rèvue trimestrelle des droits de l'homme*, 1999, 301 ss., con observaciones de B. DUARTÉ, «Les partis politiques, la démocratie et la Convention européenne des droits de l'homme», *ibid.*, 314 ss.

⁶⁷ Al respecto, G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants*, cit., especialmente 397.

5. LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

La relación entre los jueces ordinarios y el Tribunal de Luxemburgo se ubica, como ya ha sido puesto de manifiesto, en un marco mucho más estructurado y formalizado que está presidido por las cuestiones tomadas como punto de referencia: la posición del Derecho comunitario en el ordenamiento interno, y las relaciones entre los órganos jurisdiccionales. A pesar de las dificultades evidenciadas por la doctrina⁶⁸, el art. 11 CI ha permitido justificar los principios de primacía y eficacia directa de la normativa comunitaria⁶⁹ con la consiguiente afirmación del deber de cada juez de asegurar su respeto, incluso a través de la inaplicación de la normativa interna en conflicto⁷⁰.

El análisis de las resoluciones —también en este caso preferentemente de la Corte de Casación—, confirma la claridad con la que este marco se

⁶⁸ No pueden abordarse en este trabajo las conocidas reflexiones de la doctrina, tanto internacionalista como constitucionalista, sobre los problemas relativos a la justificación de las peculiares relaciones entre el ordenamiento comunitario y el nacional a la luz del art. 11 de la Constitución Italiana. Por otra parte, el análisis comparado evidencia cómo en muchos de los Estados miembros de la Unión se han llevado a cabo significativas reformas constitucionales para adecuar su propio ordenamiento constitucional a las exigencias del proceso de integración europea. Pueden recordarse, entre otros, el caso francés, en cuyo texto constitucional se ha introducido un específico título dedicado a «Las Comunidades Europeas y la Unión Europea»; o el caso alemán con la modificación del art. 23 de la Ley Fundamental. Cronológicamente, los últimos cambios han tenido lugar en Grecia con la reforma constitucional de 6 de abril de 2001 sobre el art. 28 de la Constitución a fin de favorecer su adecuación al derecho comunitario. Respecto al caso italiano, puede mencionarse por todos, la clarificante imagen que ofrece Luigi Ferrari Bravo, según el cual «in Italia, invece, l'Europa continua a sedere su uno strapuntino, appunto l'art. 11. Crescendo il peso dell'Europa, prima o poi, lo strapuntino si romperà»: en L. FERRARI BRAVO-E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2000, especialmente 172. Sobre esta cuestión vid. finalmente las consideraciones de G. F. FERRARI, «I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali», en AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, coordinado por G. F. FERRARI, cit., 1 ss.

⁶⁹ La definición de las relaciones entre los ordenamientos comunitario e interno sobre la base de los principios enunciados por el Tribunal de Justicia está ya consolidada, incluso más allá de las posturas teóricas en clave de jerarquía o de competencia o, como se ha propuesto últimamente, de preferencia: vid. sobre este punto, M. CARTABIA-J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., especialmente 173 ss.

⁷⁰ Las diversas tesis en torno a las relaciones entre derecho interno y derecho comunitario han incidido, además, en la calificación del fenómeno en términos de inaplicación del primero en caso de conflicto. De todos modos, independientemente de las cuestiones teóricas, se confirma la consecuencia última de la garantía de la prevalencia del derecho comunitario: vid. A. CELOTTO, «Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, 1473 ss.

No es el caso de recorrer las etapas a través de las cuales se ha desarrollado progresivamente la relación directa entre juez comunitario y juez interno que —como se dijo al inicio—, hace de este último el primer escalón del sistema jurisdiccional de un ordenamiento diverso.

ha consolidado desde la percepción que los propios jueces nacionales tienen de su papel respecto al sistema comunitario, pues en sus sentencias se encuentra una detallada reconstrucción de las relaciones entre ambos ordenamientos, con amplias referencias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Tribunal de Justicia que ha contribuido, de este modo, a definir los rasgos esenciales del sistema⁷¹.

Igualmente explícito es el reconocimiento de las «funciones comunitarias» del juez nacional y del significado que éste debe dar a las normas de origen supranacional en los ámbitos materiales competentes. Son precisamente las Salas Conjuntas de la Casación Civil las que han confirmado que «el juez de la nomofiláctica debe estar particularmente atento [al marco normativo europeo] para verificar en casación la existencia o no de una violación del ordenamiento comunitario que se concreta en una verdadera y propia violación de la ley a todos los efectos»⁷².

En este contexto general, pueden individualizarse —como ya se ha señalado— algunas cuestiones cuyo análisis permite profundizar en la diná-

⁷¹ En una resolución en materia de trabajo nocturno de las mujeres, por ejemplo, la Casación Penal reconstruye profundamente las fases de la adecuación del ordenamiento italiano a la Directiva del Consejo 76/207/CEE sobre la igualdad entre hombres y mujeres, deteniéndose en las relaciones entre ambos sistemas según el modo en que han sido interpretadas por la Corte Constitucional: la relación entre las fuentes, el papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o la directa aplicabilidad de las directivas no incorporadas: Casación Penal, Sala III, 6 de agosto de 1999, n. 9983 (en *Rivista penale*, 1999, 848); análogamente en la resolución de la Casación Civil, Sala I, 22 de abril de 1999, n. 3999 (en *Foro italiano*, 1999, I, 1787) se remite a los principios proclamados por la Corte Constitucional en la resolución n. 170 de 1984, y ya «arraigados en el sistema», en virtud de los cuales «los reglamentos, como las otras normas comunitarias dotadas de efecto directo, se introducen y permanecen en el ordenamiento interno, no pudiendo ser atacada su eficacia por la ley nacional. La primacía del derecho comunitario se traduce, de hecho, en la inaplicabilidad de la normativa nacional —ya sea previa o sucesiva—, que contrasta con la comunitaria; pero no comporta la pérdida de eficacia o abrogación de la norma estatal, que no queda privada de validez. Ni siquiera cuando entre en conflicto con la comunitaria, o haya sido introducida sucesivamente en el ordenamiento. En tal caso, de hecho, el tratamiento jurídico del supuesto queda atraído (*ratione materiae*) por el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, realizándose así la adecuación automática de los dos ordenamientos que se atribuye al control del juez».

⁷² Así, Casación Civil, Sala Conjunta, 13 de febrero de 1999, n. 64, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 799 ss., con ocasión de la regulación de la jurisdicción en materia de concesión de obras públicas, y respecto a la nulidad de la resolución de adjudicación. En su argumentación, el juez de casación recorre «el *trend* normativo sobre las concesiones con relevancia comunitaria» remitiéndose a las directivas y a los procedimientos internos de incorporación a fin de justificar —a la luz de la normativa comunitaria—, el reparto de jurisdicción dispuesto por el legislador nacional. En otra resolución, en la que se ponía de manifiesto la función nomofiláctica de las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia, se confirmaba el «deber del juez nacional «de última instancia», en cuanto factor institucional del «derecho comunitario *vivente*» en el ordenamiento interno, de depositar en el Tribunal dicha potestad de interpretación»: Casación Civil, Sala I, 14 de septiembre de 1999, n. 9813, en *Foro italiano*, 2000, I, 1668.

mica efectiva que rige en la relación entre órganos jurisdiccionales: se trata, de una parte, del tema de la directa aplicabilidad de las directivas no incorporadas, y de otro, de la utilización del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia previsto en el art. 234 del Tratado.

En cuanto al primer aspecto, con una especie de paralelismo respecto al análisis realizado sobre el CEDH, puede resultar interesante observar cuáles han sido las interpretaciones que los jueces internos han otorgado al concepto de directa aplicabilidad, o mejor, de eficacia directa del derecho comunitario⁷³; principio que, de otro lado, es proclamado por el Tribunal de Justicia desde sus primeras resoluciones, aunque el Tratado se limite a predicar este requisito de los reglamentos comunitarios⁷⁴. Desde el punto de vista que preside este trabajo, el aspecto más interesante se encuentra en las directivas comunitarias que —como es sabido—, deberían limitarse a indicar a los Estados los objetivos, dejándoles libres en la elección de las modalidades para su consecución. En este caso, los jueces de Luxemburgo han reconocido a los ciudadanos el derecho de hacer valer inmediatamente las directivas frente al Estado cuando éste no haya procedido en plazo a darles ejecución o las haya traspuesto de forma inadecuada, a condición, sin embargo, de que aquéllas contengan disposiciones «desde el punto de vista sustantivo, incondicionadas y suficientemente precisas»⁷⁵. Se trata de una eficacia denominada «vertical», en cuanto afecta a

⁷³ También en este caso es preciso realizar una aclaración terminológica. En general, se utiliza por la normativa comunitaria la locución «directa aplicabilidad» que, sin embargo, el Tratado constitutivo reserva exclusivamente a los reglamentos comunitarios; respecto a las otras fuentes, su idoneidad para regular inmediatamente situaciones jurídicas y, en consecuencia, para ser directamente alegables ante las autoridades jurisdiccionales, se reconduce, sin embargo, al principio de «eficacia directa»: sobre estas cuestiones, vid. por todos, R. BARATTA, «Norme contenute in direttive comunitarie inattuete e loro opponibilità ai singoli», en *Rivista di diritto internazionale*, 1989, 253 ss.

⁷⁴ En los reglamentos la directa aplicabilidad proviene de la propia configuración de la fuente, de manera que «en razón de su misma naturaleza y de su función en el ámbito de las fuentes del derecho comunitario, produce en consecuencia efectos inmediatos y, en cuanto tal, se encuentra dispuesta para atribuir a los particulares derechos que los jueces nacionales deben tutelar» (Tribunal de Justicia, 17 de mayo de 1972, *Orsolina Leonesio*, en *Raccolta*, 287). Respecto a los Tratados, puede recordarse la resolución *Defrenne*, en la que se afirmaba que «el hecho de que las disposiciones del Tratado se dirijan expresamente a los Estados miembros no excluye absolutamente que, al mismo tiempo, se atribuyan derechos a los particulares interesados en la observancia de las obligaciones dispuestas» (Tribunal de Justicia, 8 de abril de 1976, en *Raccolta*, 455 ss.); los ejemplos son citados en AA.VV., *Casi e materiali di Diritto Comunitario*, P. MENGOZZI (comp.), Padova, 1998, especialmente 321 ss.

⁷⁵ Así, entre otras, Tribunal de Justicia, 19 de febrero de 1982, *Becker*, en *Raccolta*, 53 ss. y 26 de febrero de 1986, *Marshall*, en *Raccolta*, 723 ss. Ha sido puesto de manifiesto al respecto que, para verificar la posibilidad de invocar en juicio una norma dispuesta por una directiva «non si tratta di fare riferimento ad una generica concezione della diretta applicabilità del diritto comunitario, bensì accertare se quella particolare norma sia idonea a produrre effetti diretti in capo ai singoli, alla luce del suo contenuto e dei caratteri che la contraddistinguono e

las relaciones del ciudadano con el Estado, mientras análogas consecuencias han de ser excluidas, sin embargo, cuando se alude al plano «horizontal», entre privados⁷⁶. Por lo tanto, desde esta perspectiva, los jueces nacionales están llamados a verificar la existencia de los requisitos indicados, cuya definición —como se ha visto—, ha sido fijada a nivel supranacional al objeto de garantizar el objetivo esencial de la uniforme aplicación del Derecho comunitario en los diversos ordenamientos⁷⁷. Por su parte, la jurisprudencia italiana, desde este punto de vista, expresa una plena sintonía respecto a las indicaciones del Tribunal de Luxemburgo⁷⁸. En las resoluciones analizadas, la subsistencia de los requisitos aludidos —que por otra parte viene casi siempre reconocida—, se argumenta con amplias referencias a la jurisprudencia comunitaria. El único límite es, obviamente, el temporal, que excluye la aplicación de las directivas antes del vencimiento del plazo fijado a los Estados para el cumplimiento de la obligación⁷⁹.

contraddistinguono l'atto nel quale essa è posta»: R. BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro opponibilità ai singoli*, cit., 277.

⁷⁶ La posición respecto a esta cuestión —sobre la que se volverá *infra*—, ha sido fijada con claridad en la resolución *Faccini Dori*, que tiene su origen en el recurso interpretativo de un juez de conciliación de Florencia que proponía aplicar —incluso antes de la ejecución por parte del Estado—, la directiva referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, también a las relaciones entre privados: Tribunal de Justicia, 14 de julio de 1994, en *Raccolta*, I, 3325; vid. también en *Responsabilità civile e previdenza*, 1995, 378 ss., con nota de R. CARANTA, «La Corte di giustizia ribadisce l'assenza di effetti "orizzontali" delle direttive comunitarie», *ibid.*, 382 ss., y G. GIACALONE, «Sull'efficacia "verticale" ed "orizzontale" delle direttive», en *Giustizia civile*, 1997, 11571 ss.

⁷⁷ Como ha señalado incluso la Corte Constitucional Italiana en la resolución n. 168 de 1991, el reconocimiento, en particular, de la existencia de estos requisitos constituye el resultado de una actividad de interpretación que el juez nacional puede efectuar directamente o bien remitir al Tribunal de Justicia en virtud del art. 177 (ahora 234): Corte Constitucional, 18 de abril de 1991, n. 168, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 1409 ss.

⁷⁸ Interesante, y en ciertos aspectos curiosa, es una reciente resolución de la Sala Tercera de la Casación Civil que, con una motivación «pedagógica», explica todas las cuestiones relevantes a fin de valorar la aplicabilidad de una directiva no traspuesta: desde la distinción entre directa aplicabilidad de los reglamentos comunitarios y la eficacia directa de las directivas, a los requisitos objetivos y subjetivos para el reconocimiento de tal eficacia, con amplias referencias a la jurisprudencia constitucional y comunitaria. Al final de tal *excursus* la Corte concluye señalando que «en este caso la sentencia impugnada ha aplicado «*sic et simpliciter*» la directiva sin comprobar si concurrían los citados presupuestos, por lo que es casada y reenviada al otro juez»: se confirma, de este modo, que es a cada juez, si es preciso apoyándose en el reenvío prejudicial *ex art. 234* del Tratado, a quien corresponde verificar en el caso concreto sometido a su examen, la subsistencia de los requisitos para la aplicación de la directiva no incorporada: Casación Civil, Sala III, 23 de enero de 2002, n. 752 (en *Massimario del Foro italiano*, 2002).

⁷⁹ Pueden mencionarse sólo algunas de las sentencias más recientes que, en diversos ámbitos materiales, han reconocido la directa aplicabilidad de las directivas, con una constante referencia a los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia y a las sentencias interpretativas

Se ha señalado que puede observarse una especie de paralelismo entre el reconocimiento del carácter *self-executing* de las normas del CEDH y la eficacia directa de las directivas comunitarias. Sin negar la intrínseca diversidad de los supuestos, donde en un caso se hace referencia a los efectos de los tratados internacionales y, en el otro, a una peculiaridad de las fuentes comunitarias, lo que quiere destacarse es la diferente postura de los jueces al respecto. Así, frente a la apertura manifestada hacia el Derecho comunitario, contrasta la incerteza (e incluso reticencia) ante el CEDH, que frecuentemente conduce a afirmar el carácter genérico y programático de las normas pactadas a fin de evitar su toma en consideración. Y no constituye causa suficiente para explicar tal praxis ni siquiera la estructura de las normas de referencia, que en un caso establecen la regulación de específicos sectores materiales y en el otro, sin embargo, reconocen derechos: en realidad, lo que se observa en el fondo es una diversa sensibilidad de la justicia frente a los dos sistemas de referencia.

Tal consideración se confirma al examinar los casos en que las directivas no se muestran idóneas para producir con carácter inmediato sus propios efectos. El Tribunal de Justicia ha observado que, de cualquier modo, las normas comunitarias deben orientar la interpretación del Derecho interno, de tal manera que «al aplicar el Derecho nacional, prescindiendo del hecho de que se trate de normas precedentes o sucesivas a la directiva, el

eventualmente emanadas sobre la misma materia: Casación Civil, Sala V, 17 de septiembre de 2001, n. 11656 (en *Foro italiano*, 2001, I, 3072), donde la Corte casa con reenvío la sentencia de los jueces tributarios por haber «incurrido en un grave error de perspectiva al no considerar que el vínculo derivado de las directivas con un contenido incondicionado y suficientemente preciso frente a las autoridades nacionales (ya sean administrativas o jurisdiccionales), surge desde el momento en que el Estado miembro ha omitido la adopción de las medidas de incorporación en el plazo establecido por las mismas directivas»; Casación Civil, Sala II, 30 de julio de 2001, n. 10429 (en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 2001), en la que se afirma que «una directiva cuyo plazo de incorporación ya ha vencido, aunque no haya sido todavía formalmente recibida ni sea idónea para regular inmediatamente las relaciones entre sujetos privados, se considera, no obstante, ya inserta en el circuito jurídico nacional. Pero ello significa que también aquella directiva (independientemente de su posterior recepción), se coloca ya entre las fuentes del derecho con relevancia en el ordenamiento interno y que, por esta razón, no puede aquélla no tenerse en cuenta en la configuración de los principios reguladores de los institutos disciplinados por tal ordenamiento»; Casación Civil, Sala V, 26 de abril de 2001, n. 6079 (en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 2001) que reconoce la aplicabilidad inmediata de la directiva implicada en virtud de la misma jurisprudencia comunitaria, de manera que la Corte de Casación no considera que deba motivar tal cuestión; Casación Civil, Sala V, 28 de mayo de 2001, n. 7219 (en materia de fusiones societarias: en *Foro italiano*, 2001, I, 3073); Casación Civil, Sala III, 1 agosto de 2001, n. 10490 (en materia de seguros: en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 2001); Casación Civil, Sala V, 27 de noviembre de 2000, n. 15259 (en materia de reembolso de tributos: en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 2000); Casación Civil, Sala I, 1 de febrero de 2000, n. 1099 (en materia de seguros: en *Giustizia civile*, 2000, I, 1690); Casación Civil, Sala I, 3 de septiembre de 1999, n. 9284 (en materia de fusiones societarias: en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1999).

juez nacional debe interpretar el propio Derecho nacional a la luz de la letra y del objetivo de la directiva para así conseguir el resultado perseguido por esta última y ajustarse, en consecuencia, al art. 189.3 del Tratado»⁸⁰. La doctrina no ha dejado de manifestar sus dudas sobre el alcance de esta tesis, que permite obtener en muchos aspectos el mismo resultado que con el reconocimiento de la eficacia directa, aunque sin distinguir el plano horizontal del vertical y sin tener en cuenta el vencimiento de los plazos conferidos al Estado para cumplir las obligaciones fijadas por la Comunidad⁸¹. Ahora bien, es otro el aspecto sobre el que queremos detenernos. La figura que sometemos a consideración es la denominada *interpretazione conforme* (interpretación conforme), ya tratada respecto al Convenio Europeo como uno de los modos que sirven para resolver los eventuales conflictos con la legislación interna. También en este caso salta a la vista la diversa postura de los jueces: poco propensos a utilizarla respecto al CEDH, y sin embargo dispuestos a hacer uso de ella como uno de los instrumentos idóneos para la expansión del derecho comunitario. De hecho, encontramos amplias referencias al papel otorgado a las normas de las directivas en el plano hermenéutico, que son significativamente sintetizadas en una reciente resolución de la Casación Civil según la cual «la obligación del juez y de la autoridad administrativa nacional de interpretar el Derecho interno conforme a las directivas, incluso cuando las mismas no contienen normas incondicionadas y suficientemente precisas, constituye un principio constantemente afirmado en la jurisprudencia de los jueces comunitarios»⁸². Volviendo de nuevo a la comparación con el CEDH, se puede

⁸⁰ Así, Tribunal de Justicia, 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, en *Raccolta*, I, 4135: cfr. L. SCAMBIATO, «Considerazioni in tema di efficacia “orizzontale” delle direttive comunitarie alla luce delle sentenze 1271 e 2275 del 1995 della Corte di cassazione e della giurisprudenza della Corte di giustizia», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 1027 ss.

⁸¹ Una exposición de estas cuestiones en L. RONCHETTI, «Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 415 ss.

⁸² Así, Casación Civil, Sala V, 23 de mayo de 2001, n. 7016 (en *Giurisprudenza italiana*, 2001, 2407). En general, incluso en estos aspectos, la jurisprudencia italiana se muestra en perfecta sintonía con las indicaciones del Tribunal de Justicia, reconociendo la obligación general de interpretar el derecho interno a la luz del ordenamiento comunitario: cfr. Casación Civil, Sala de lo Social, 9 de agosto de 2000, n. 10500 (en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, II, 607) donde, confirmando tal obligación, se precisa que la negociación colectiva no puede derogar las disposiciones imperativas de nuestro ordenamiento, ni tampoco las disposiciones de la misma naturaleza del ordenamiento comunitario; Casación Civil, Sala V, 3 de mayo de 2000, n. 5555 (en *Rivista di giurisprudenza edilizia*, 2000, I, 679), donde, individualizado el principio de derecho comunitario, se reclama «una interpretación del derecho nacional conforme a aquél o, alternativamente —dada la indudable aplicabilidad directa de las normas o de los principios que son objeto del pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia, como implícitamente se ha reconocido en ésta— la inaplicación [de las correspondientes disposiciones del derecho interno]»; Casación Civil, Sala Conjunta, 21 de febrero de 2000, n. 27 (en *Foro italia-*

afirmar que en este último caso no se trata de una cuestión que afecte al contenido de las normas, ya que la regulación de los derechos debería tener, de por sí, mayor fuerza expansiva sobre el plano interpretativo. La diferencia va unida siempre a las perspectivas tomadas como referencia: de un lado, se trata de garantizar las obligaciones asumidas por el Estado sobre el plano internacional; y de otro, sin embargo, es el ordenamiento comunitario el que impone su prevalencia, incluso sobre el plano interpretativo⁸³.

En definitiva, puede aludirse todavía a dos cuestiones asociadas al tema de la eficacia horizontal de las directivas no incorporadas. La jurisprudencia europea, como claramente se señalaba en la resolución *Faccini Dori* de 1994, ha negado que tales actos pudieran producir efectos en las relaciones entre particulares: la eficacia vertical se justificaría —sobre la base de la teoría del *estoppel*—, como una especie de sanción para el Estado que ha incumplido su obligación⁸⁴, mientras que análogas consecuencias no podrían resultar de aplicación a los particulares. Si bien, respecto a éstos últimos, quedaría la posibilidad de proceder frente al Estado, culpable del retraso en la actuación, para obtener una indemnización por los daños generados⁸⁵. La jurisprudencia italiana, incluso la de casación, se ha mostrado en este punto vacilante, aunque siempre con el objetivo de extender el alcance de la eficacia directa de las directivas⁸⁶. En las resoluciones más

no, 2000, I, 1521), en una compleja resolución en materia de regulación del balance societario —y en particular sobre el derecho de información a los socios—, donde entre otras cuestiones se recuerda, incidentalmente, que a la interpretación de la regulación nacional no pueden permanecer ajenos los principios enunciados por la directiva comunitaria en la materia, remitiéndose a la resolución del Tribunal de Justicia en el caso C-91/94 según la cual el juez «cuando aplica disposiciones del derecho nacional, tanto previas como sucesivas a la directiva, tiene la obligación de interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de los objetivos y de la letra de la directiva».

⁸³ El paralelismo con la técnica típica del derecho internacional pactado es puesto de manifiesto, por ejemplo, por G. GIACALONE, *Sull'efficacia «verticale» ed «orizzontale» delle direttive*, cit., especialmente 1984.

⁸⁴ Una exposición general en R. MASTROIANNI, «Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza», en *Diritto dell'Unione europea*, 1998, 81 ss.

⁸⁵ Nos referimos a la resolución del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*, en *Raccolta*, I-5357 ss., y también a la de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, 101 ss., con un comentario de N. PECHIOLI, «La Corte di giustizia chiude il cerchio: una nuova pronuncia in materia di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva», *ibid.*, 112 ss.

⁸⁶ La Corte de Casación ha asumido posiciones quizá discordantes, por ejemplo respecto a la directiva 76/207 en materia de igualdad entre hombres y mujeres, cuya aplicabilidad ha sostenido, en ocasiones, incluso en las relaciones entre particulares (Casación Civil, Sala de lo Social, 3 de febrero de 1995, n. 1271, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 101); pero en otras ocasiones, sin embargo, se ha inclinado hacia una más rigurosa interpretación de los criterios establecidos por el juez comunitario (Casación Civil, Sala de lo Social, 20 de noviembre de 1997, n. 11571, en *Foro italiano*, 1998, I, 444): vid. sobre el tema S. FARO, «La Cassazione

recientes, frente a la constante remisión a las conclusiones de la jurisprudencia europea sobre los límites subjetivos de la eficacia de las directivas, se constatan, sin embargo, algunas aperturas. Así, sobre todo parece consolidarse la hipótesis de sostener la más amplia utilización de las directivas no incorporadas en los juicios de equidad del conciliador (probablemente ahora también del juez de paz)⁸⁷. Y en segundo lugar, se señala una reciente resolución que parece introducir una nueva dimensión interpretativa⁸⁸. Centrándonos en el supuesto, la causa trataba sobre una relación contractual de un agente de ventas cuya nulidad había sido declarada a causa de la falta de inscripción del agente en el registro de la Cámara de Comercio, según estipulaba la ley. En tal materia, se alegaba la directiva comunitaria 86/653/CEE que, incluso en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, prevé como única condición que el legislador nacional puede establecer la utilización de la forma escrita para la validez de los contratos de agencia. La Corte de Casación, por su parte, reconstruye analíticamente las condiciones de eficacia directa de las directivas que están presentes en la 86/653⁸⁹, para posteriormente interrogarse sobre su relevancia en el caso sometido a examen. De este modo, partiendo de la premisa de que la inaplicación de la norma interna en conflicto sólo puede tener lugar cuando ésta afecta a una relación entre el Estado y los particulares, y no si se limita a regular relaciones entre sujetos privados, la Corte preci-

torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta "orizzontale" delle direttive comunitarie», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 1398 ss.

⁸⁷ La jurisprudencia de los jueces de casación sobre esta cuestión ha sido incierta: mientras en algunos casos ha negado la utilización de las directivas no traspuestas incluso en los juicios de equidad (por ejemplo, Casación Civil, Sala II, 27 de febrero de 1995, n. 2275, en *Diritto del lavoro*, 1995, II, 12), en otros la ha admitido (por ejemplo, Casación Civil, Sala I, 20 de marzo de 1996, 2369, en *Rivista di diritto internazionale*, 1996, 520): vid. F. ASTONE, «Direttive comunitarie, rapporti tra privati e principi generali dell'ordinamento», en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, 736 ss. Por último, la resolución de la Casación Civil, Sala II, 30 de julio de 2001, n. 10429 (en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 2001) — siempre sobre el derecho de renuncia previsto en la directiva 85/577 para los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales—, confirma la orientación contraria a la eficacia horizontal de la directiva, aunque precisa que en el caso de resoluciones pronunciadas por el Conciliador según equidad, es posible que el juez concrete las «razones equitativas» por las exigencias de tutela del consumidor en que se inspira la regulación comunitaria.

⁸⁸ Se trata de la Casación Civil, Sala de lo Social, 18 de mayo de 1999, n. 4817 (en *Foro italiano*, 1999, I, 2542), que por su peculiaridad ha sido citada incluso en el Informe anual de la Comisión, sobre el «control de la aplicación del derecho comunitario» (1999) [COM(2000) 92 def. vol. VI].

⁸⁹ Los requisitos a que constantemente se alude vienen sintetizados cuando se dispone que encuentran directa aplicación las directivas «cuyas disposiciones presenten un contenido suficientemente preciso y no condicionado, es decir, que establezcan una obligación en términos inequívocos, no sujetos a condición ni subordinados —en relación a su observancia y sus efectos—, a la emisión de algún acto de los Estados miembros o de las instituciones de la Comunidad».

sa que la verificación de estos extremos requiere «un control más intenso que, prescindiendo de la cualidad de los sujetos implicados, concrete el alcance real de los intereses contrapuestos y, en consecuencia, la norma destinada a regularlos, la cual —y sólo ésta última—, es la que debe ser objeto de valoración sobre su eventual incompatibilidad con la normativa comunitaria». Por lo tanto, si «la disposición limita o suprime la autonomía privada para la realización de intereses de los que es titular la Administración Pública —en cuanto ente exponencial de intereses colectivos—, la controversia, aunque desde el punto de vista formal tiene lugar entre sujetos privados, necesariamente compromete intereses de la Administración». En virtud de esta motivación, se sostiene que la directiva en cuestión afecta a una «relación vertical» en cuanto la disposición «que prohíbe a los agentes ejercer la actividad y a los proponentes servirse de ella [...] se refiere con toda evidencia a la relación entre el Estado de un lado, y los agentes y proponentes, de otro». En definitiva, el sentido que la Corte da al concepto de eficacia vertical parece iniciar una fuerte expansión de éste, ya que es difícil no observar un interés del Estado en la regulación de los diversos sectores económicos.

Los ejemplos mencionados, si bien se refieren a un aspecto peculiar, expresan con claridad la plena asimilación por los jueces nacionales de la aludida integración del sistema comunitario pues, sobre el plano de las fuentes, las normas comunitarias se introducen plenamente entre los instrumentos del juez interno, que asegura su preponderancia frente a las normas nacionales. Sin embargo, el hecho de que tales normas continúen perteneciendo a un ordenamiento diferente nos lleva a una ulterior pregunta: la de las relaciones entre los jueces ordinarios y el Tribunal de Justicia que, como cabe recordar, es el órgano llamado institucionalmente a interpretar el derecho comunitario a fin de asegurar su uniforme aplicación en el ámbito de la Comunidad.

El instrumento clave de este sistema es, obviamente, el del reenvío prejudicial previsto en el art. 234 del Tratado, que formaliza las relaciones entre los órganos jurisdiccionales, y cuya interpretación por el juez nacional constituye un indicador —esencial— para comprender la efectiva percepción de su papel en el interior del sistema.

Los diversos aspectos que rodean a este mecanismo son puestos de manifiesto por las resoluciones de la Corte de Casación gracias, en un cierto sentido, a las similitudes que presenta con la cuestión de inconstitucionalidad —por ejemplo en el tema del juicio de relevancia (*rilevanza*)⁹⁰—.

⁹⁰ En la sentencia dictada por la Casación Civil, Sala de lo Social, 1 de febrero de 2000, n. 1105 (en *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, 530), la Corte, al definir los requisitos del reenvío *ex art. 177* (ahora 234) exige: a) que la cuestión interpretativa afecte a normas comunitarias; b) que existan efectivas dudas sobre su interpretación y alcance, el ámbito de eficacia y el objeto de la regulación; c) que la cuestión interpretativa objeto de controversia

Pero también por otras cuestiones, inherentes a los caracteres de la intervención prejudicial. Significativa es la posición asumida por la Casación respecto a la *ordinanza* con la que un juez instructor del Tribunal de Bolonia suspendió el proceso en curso con base en el art. 295 del Código de Procedimiento Penal, mientras estaba pendiente un juicio interpretativo ante el Tribunal de Justicia promovido por otro órgano jurisdiccional y relativo a la regulación comunitaria que debía aplicarse en el caso en cuestión⁹¹. El juez de casación analizó profundamente —con amplias referencias a la jurisprudencia comunitaria y europea—, el funcionamiento del sistema y el significado del «procedimiento jurisdiccional de interpretación «prejudicial» del derecho comunitario atribuido, con evidente finalidad «nomofiláctica», a la competencia «exclusiva» del Tribunal de Justicia», que responde «a la «necesaria y fundamental garantía» [...] de asegurar su uniforme aplicación en todos los ordenamientos de los Estados miembros, ya sea sobre un plano general, a fin de «construir» un verdadero y auténtico «ordenamiento jurídico comunitario» [...] ya sea más específicamente, con el objetivo de alcanzar una sustancial paridad de tratamiento jurídico de los ciudadanos comunitarios ante el principio de la «aplicabilidad directa» y del «efecto directo», del mismo Derecho en los singulares ordenamientos de los Estados miembros [...]»⁹². Desde tal perspectiva, la casación concluye afirmando que resultan evidentes «el carácter extraño (*estraneità*) y nulo (*inconferenza*)» de la institución de la suspensión prevista, con diferente finalidad, en el art. 295 del Código de Procedimiento Penal, que más bien «entra en conflicto con la letra y el sentido de la aludida regulación especial»⁹³. Por consiguiente, el juez interno está llamado, dentro del res-

tenga relevancia decisoria para definir el juicio *a quo* pendiente ante el juez nacional; análogamente en Casación Civil, Sala I, 7 de junio de 2000, n. 7699 (en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 2000) la Corte confirma que el reenvío prejudicial requiere «no sólo que la cuestión controvertida afecte a normas comunitarias, sino que la misma tenga relevancia para decidir el juicio «*a quo*» pendiente ante el juez nacional».

⁹¹ Nos referimos a la Casación Civil, Sala I, 14 de septiembre de 1999, n. 9813, cit., resolución pronunciada en el curso de un procedimiento promovido por la C.A.R.E.B.O. s.p.a., con la finalidad de obtener la restitución de las cantidades entregadas a título de concesión gubernativa por la inscripción de la sociedad en el registro de empresas durante los años 1985-1992. La decisión se caracteriza por una construcción muy articulada de las relaciones entre ordenamientos bajo el prisma del sistema del reenvío prejudicial y de la posición que corresponde al juez interno. Cfr. la nota de R. MASTROIANNI, «Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è “più realista del re”?», en *Diritto dell'Unione europea*, 2000, 91 ss.

⁹² *Ibid.*, las afirmaciones expuestas en el texto se toman de las resoluciones de la Corte Constitucional y del Tribunal de Justicia en la materia.

⁹³ Vid. sobre este punto las consideraciones críticas de L. DANIELE, «Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno», ponencia presentada en la XXXIII Mesa Redonda de Derecho Comunitario, Milán, 24 de noviembre de 2000, sobre «*L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno*», cit, especialmente 67.

peto a los requisitos previstos en el art. 234, a dirigirse al Tribunal de Justicia, garantizando de este modo —entre otras cosas—, la posibilidad también a las partes de intervenir en el procedimiento prejudicial. Por último, está ya consolidada la tesis de su relación con la prejudicial constitucional: así, la Corte Constitucional, a partir de la *ordinanza* n. 168 de 1991, ha establecido la necesidad de resolver con carácter preliminar los problemas derivados de las relaciones entre la norma interna y el derecho comunitario, que podrían llevar a su inaplicación y a la consecuente irrelevancia de la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁴.

En esencia, se confirma, pues, el valor vinculante de las resoluciones del Tribunal de Justicia, ya se trate de las originadas en el interior del proceso, ya sea en general aquéllas en las se interpreta la regulación misma⁹⁵. La Corte de Casación ha ido incluso más lejos, y así, con cita textual de la sentencia *Cilfit* del Tribunal de Justicia, ha afirmado que las sentencias interpretativas tienen *eficacia erga omnes*, difuminando de este modo la obligación del reenvío interpretativo «no sólo cuando la cuestión elevada sea materialmente idéntica a otra presentada en un idéntico supuesto y ya decidida en vía prejudicial, sino incluso en presencia de una jurisprudencia constante del Tribunal que resuelva la cuestión litigiosa, incluso cuando no existe una identidad de materias»⁹⁶.

En resumidas cuentas, los jueces internos demuestran reconocer en las resoluciones citadas la peculiaridad del sistema, que les coloca en directa relación con el Tribunal de Justicia, aunque no obstante, es preciso verificar en concreto cómo se desenvuelve esta relación. En particular, según se ha expuesto al inicio, el punto de referencia puede ser la utilización del art. 234 del Tratado, que atribuye la facultad a los jueces nacionales (y en particular la obligación para los de última instancia), de promover el recurso prejudicial. La única excepción tiene lugar cuando «la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no da pie a ninguna duda razonable sobre la solución que debe darse a la cuestión. Si bien, antes de llegar a tal conclusión, el juez nacional debe madurar el convencimiento de que la misma evidencia se impondría también a los jueces de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justi-

⁹⁴ Vid. por todos, F. GHERA, «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 1193 ss.

⁹⁵ Cfr. por ejemplo, Casación Civil, Sala de lo Social, 16 de abril de 1999, n. 3830 (en *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1999, I, 503), donde la Corte de Casación alude a la circunstancia de que las directivas objeto de aplicación hayan sido ya sometidas a un recurso interpretativo del Tribunal de Luxemburgo y que, por lo tanto, al valorar la correcta aplicación del derecho comunitario, el juez interno deba tener en cuenta también tales pronunciamientos, confirmando así su eficacia vinculante en el derecho interno.

⁹⁶ Así, Casación Civil, Sala de lo Social, 18 de mayo de 1999, n. 4817, cit.

cia»⁹⁷. Con ello se alude a la denominada teoría del acto claro, destinada a limitar el carácter absoluto de la obligación de reenvío para los jueces de última instancia, pero que, en su aplicación, no ha dejado sin embargo de causar cierta perplejidad⁹⁸. En la reciente resolución del Parlamento Europeo sobre el decimoséptimo Informe anual de la Comisión relativo al control de la aplicación del Derecho comunitario, se hace referencia a las «serias preocupaciones» suscitadas por las «sentencias de las jurisdicciones nacionales que deliberan en última instancia y recurren a la teoría del acto claro para rechazar la presentación de cuestiones prejudiciales», y que derivaría en la invitación dirigida a la Comisión Europea para examinar con particular atención tales decisiones⁹⁹. Por lo demás, en los Informes anuales sobre la aplicación del derecho comunitario puede destacarse respecto a Italia que en 1999, de los 43 recursos prejudiciales presentados ninguno provenía de la Corte de Casación, y sólo 2 del Consejo de Estado, mientras en el año 2000, de 50 sólo 4 provenían del Consejo de Estado y 2 de la Corte de Casación¹⁰⁰. E incluso, si observamos otros ordenamientos parece confirmarse una situación bastante similar, con una primacía de los reenvíos por parte de los jueces de mérito¹⁰¹. Surge por lo tanto la tendencia, al menos por parte de los jueces de casación, de elaborar directamente el alcance de las normas comunitarias, sin valerse para ello de los instrumentos de enlace con el Tribunal de Justicia previstos expresamente por los Tratados para garantizar la uniforme aplicación del Derecho comunitario. Así, donde no existen todavía específicas resoluciones del Tribunal de Justicia, los jueces nacionales reivindican la plenitud de sus propios poderes hermenéuticos, prescindiendo de toda consideración en orden a exigencias de coherencia del sistema. Se trata, obviamente, por la peculiaridad de los contextos materiales, de casos muy específicos, pero cuya lectura puede ser indicativa de la técnica interpretativa utilizada por los jueces y de la intención constantemente presente de mantener la máxima esfera de autonomía en la lectura de las normas.

⁹⁷ En estos términos se expresa el Tribunal de Justicia en la sentencia *Cilfit* de 1982 (6 de octubre de 1982, en *Raccolta*, 3415); vid. sobre este punto G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1999, especialmente 58 ss.

⁹⁸ Vid. sobre este tema E. D'ALESSANDRO, «Intorno alla "Théorie de l'acte clair"», en *Giustizia civile*, 1997, 2882 ss.; así como, por último, la nota a la resolución del Consejo de Estado, Sala VI, 1 de abril de 2000, n. 1885, de D.-U. GALETTA, «Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, 459.

⁹⁹ La resolución ha sido publicada por Ilaria Cortesi con el significativo título de «Diritto UE: Corti supreme pigliattutto», en *Italia Oggi*, 20 de septiembre de 2001.

¹⁰⁰ Cfr. respectivamente el decimoséptimo y decimoctavo Informe anual de la Comisión «sobre el control de la aplicación del derecho comunitario»: COM(2000) 92 def. y COM(2001) 309 def.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Esta conducta se observa frecuentemente en materia de política agrícola común, donde el juez de casación suele revocar la interpretación de los jueces de mérito sosteniendo la «claridad» de la solución opuesta. En particular, en una reciente resolución en materia de compensaciones financieras por la retirada de productos del mercado, la Corte de Casación estima el recurso elevado por violación y errónea aplicación del reglamento 1972/1035/CEE, excluyendo la necesidad del reenvío prejudicial, ya que en el caso sometido a examen «la solución de la cuestión interpretativa se impon[e] con evidencia y no subsist[e] ninguna duda razonable sobre la correcta exégesis de la normativa». De este modo, la reconstrucción del significado del texto tiene lugar a través de un articulado análisis de las normas singulares y del preámbulo, al objeto de dar forma y concretar la intención perseguida por el legislador comunitario¹⁰². En otro ámbito, en materia de contratos de crédito al consumo, el juez de casación ha excluido el reenvío de la cuestión al Tribunal de Justicia, si bien discutiendo sobre la interpretación de algunas nociones establecidas en la Directiva 85/577/CEE —como la de los lugares externos a los establecimientos comerciales, y la de consumidor—, y ante una regulación interna no inmediatamente reconducible a las correspondientes previsiones comunitarias¹⁰³. Finalmente, una mención merece el caso relativo a la calificación del Ente

¹⁰² Se trata de la resolución de la Casación Civil, Sala I, 7 de mayo de 1999, n. 4564, en *Diritto e giurisprudenza agraria*, 2000, 32 ss. Una situación sustancialmente análoga se ha verificado en materia de cuotas lácteas. Puede recordarse, por ejemplo, la cuestión de la exclusión de las cooperativas (a las que se asigna la leche elaborada por los productores) de entre los sujetos llamados a pagar la tasa suplementaria. La Corte, ante un conflicto interpretativo entre los jueces de primera instancia y los de apelación, ha sostenido que no debía dirigirse al Tribunal de Justicia sobre la base de que «la exigencia interpretativa sólo surge si el examen lógico-literario de la norma no asegura su significado»: Casación Civil, Sala I, 18 de junio de 1996, n. 5604 (en *Massimario del Foro italiano*, 1996). Sólo para completar tal idea puede recordarse que, a pocos años de distancia, los jueces de Luxemburgo llamados a pronunciarse en una cuestión similar proveniente del Juzgado de Primera Instancia de Bassano del Grappa, han dado una interpretación opuesta sobre el tema del papel de las cooperativas: así, Tribunal de Justicia, 26 de abril de 1999, causa C-288/97, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 1223, con nota de L. MONTANARI, «Alcune precisazioni sulla nozione di acquirente e sui suoi obblighi nella disciplina comunitaria del prelievo supplementare sul latte». Sobre la restrictiva utilización del instrumento del reenvío prejudicial en materia agraria, vid. L. RUSSO, «Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE: questo sconosciuto», en *Rivista di diritto agrario*, 1998, 265 ss.

¹⁰³ Así, Casación Civil, Sala III, 4 de enero de 2000, n. 372 (en *Foro italiano*, 2000, I, 1638). La resolución es citada en el decimotavo Informe anual de la Comisión «sobre el control de la aplicación del derecho comunitario», donde se alude incluso al recurso prejudicial presentado —si bien por cuestiones diversas, y siempre en referencia a la interpretación de la noción de consumidor en el sentido de la Directiva 85/577/CEE—, por parte del juez de paz de Viadana y resuelto por el Tribunal de Justicia mediante resolución de fecha 22 de noviembre de 2001 (las decisiones más recientes pueden encontrarse en la web del Tribunal de Justicia, en la dirección de internet: <http://europa.eu.int/jurisp>).

autónomo FERIA Internacional de Milán como organismo de derecho público a los fines de la aplicación de la Directiva del Consejo 92/50/CEE. La cuestión, particularmente relevante por las consecuencias que provoca en el plano de la regulación aplicable, dio lugar a un reenvío prejudicial a instancia del Tribunal administrativo regional lombardo y —frente a la demora del juicio ante el Tribunal de Justicia—, a una resolución de las Salas Conjuntas de la Casación Civil, que sostuvieron la posibilidad de poder decidir «cómodamente» (*agevolmente*) sobre la interpretación de la regulación comunitaria¹⁰⁴.

Los ejemplos expuestos muestran un aspecto problemático de la relación entre los jueces ordinarios y los comunitarios. Se trata de la coordinación entre la actividad de la Corte de Casación y la del Tribunal de Justicia, ambas llamadas a ejercer una función nomofiláctica sobre las mismas normas: pertenecientes al ordenamiento comunitario y para las que el Tratado constitutivo ha dispuesto la existencia de unos jueces comunitarios como intérpretes últimos; pero que, en su aplicación, son utilizadas por los jueces ordinarios de los Estados miembros del mismo modo que su propio derecho nacional. Es obvio que estos últimos jueces reconocen necesariamente en la Casación —si bien con los problemas derivados de la definición de su cometido—, al órgano dispuesto para garantizar la uniforme interpretación del Derecho. De este modo, en el momento en que los jueces de casación atribuyen un determinado significado a las normas comunitarias, el principio del Derecho así establecido debería vincular al juez de reenvío, aunque en este caso, sin embargo, el sistema comunitario parece dejar abierta de todos modos la facultad de dirigirse al Tribunal de Justicia en virtud del art. 234 del Tratado. En definitiva, ante tal circunstancia resulta evidente que una sucesiva resolución a nivel europeo podrá llevar a líneas interpretativas diferentes¹⁰⁵.

¹⁰⁴ El TAR de Lombardía (Milán) remitió la cuestión al Tribunal de Justicia mediante *ordinanza* de fecha 5 de marzo de 1999, n. 10 (en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, 295). La Corte de Casación, en una controversia sometida a su examen por motivos de jurisdicción, sostuvo sin embargo que, a la luz de la jurisprudencia europea sobre este punto, no era necesario elevar la cuestión interpretativa y, en consecuencia, excluía mediante resolución de 4 de abril de 2000, n. 97, la calificación del Ente FERIA de Milán como organismo de derecho público (en *Giurisprudenza italiana*, 2000, 14996; en idéntico sentido se pronunció también el Consejo de Estado, Sala VI, 16 de septiembre de 1998, n. 1267, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, n. 265 ss.; sin embargo, en sentido diverso, Consejo de Estado, Sala VI, 21 de abril de 1995, n. 353, en *Consiglio di Stato*, 1995, I, 557 y, respecto al Ente autónomo FERIA Internacional de Bolonia, también el TAR Emilia-Romania (Bolonia), Sala II, 26 de octubre de 1996, n. 327, *ibid.*, 1997, 471 ss.). Con posterioridad, el 10 de mayo de 2001 se pronunció también el Tribunal de Justicia sobre la misma cuestión, llegando sustancialmente a idénticas conclusiones que la Corte de Casación italiana.

¹⁰⁵ No es posible abordar en esta sede otro de los complejos problemas derivados de la relación entre ambos sistemas, a saber, el de la interpretación de las normas nacionales que

6. CONCLUSIONES

A la luz de la jurisprudencia analizada pueden exponerse al menos dos tipos de consideraciones.

En primer lugar, refiriéndonos al marco de las relaciones entre los jueces internos y los Tribunales supranacionales podría señalarse que resulta menos preciso y definido de lo que pueda parecer a simple vista. Respecto al Tribunal de Justicia, los jueces italianos quizá no son en realidad «obedientes», mientras respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos —si bien teniendo en cuenta el carácter diverso del sistema de referencia— los jueces se muestran más «inciertos» que «atentos». Parece sin embargo que, en la configuración del modelo, se confirma la posición central de la articulación del sistema de fuentes y del papel de la interpretación. Donde estas cuestiones son relativamente definidas —gracias, fundamentalmente, a las resoluciones de la Corte Constitucional—, los jueces internos parecen moverse con mayor seguridad. Cuando, por el contrario, falta una indicación precisa sobre la posición de las normas de origen supranacional y los jueces son llamados a resolver el problema sobre el plano de la interpretación y de los valores, se muestran sin embargo más reacios a adoptar soluciones atrevidas.

Constituye por ello mismo una exigencia, atender al problema de la revisión de la posición constitucional de las relaciones con el Derecho internacional para dar un soporte a la Unión Europea y un justo relieve a las formas de cooperación internacional y supranacional. En este contexto, precisamente la modificación del art. 117 de la Constitución Italiana no resulta del todo pertinente desde una perspectiva sistemática, ni adecuada respecto al contenido¹⁰⁶. Como ya se ha apuntado, del análisis comparado

utilizan, de diversos modos, nociones y figuras elaboradas o presentes en la regulación comunitaria. La decisión de utilizar el recurso interpretativo en este caso en función de la definición del alcance de las normas internas, puede determinar una excesiva expansión del derecho comunitario; de otra parte, sin embargo, justificar una lectura de tales normas en clave exclusivamente interna puede provocar también problemas de coordinación que no resultan indiferentes: vid. por todos, M. E. BARTOLINI, «La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale “modellato” sulla normativa comunitaria», en *Diritto dell'Unione europea*, 2001, 311 ss.

¹⁰⁶ En cuanto a la primera cuestión, nos estamos refiriendo a la utilización de una disposición relativa a la distribución de competencias normativas entre Estado y Regiones al objeto de establecer los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales, cuya regulación —por el contrario— debería encontrar su natural ubicación entre los principios fundamentales, como se deduce de las previsiones de los arts. 10 y 11 de la Constitución. Respecto al segundo aspecto, sin embargo, se alude al carácter genérico del contenido de la disposición que, como dijimos, deja un excesivo margen a la interpretación; sintomático —en cuanto a esta cuestión— es el reciente proyecto de ley del Gobierno, n. 1545, comunicado a la presidencia del Senado el 26 de junio de 2002, que precisa, con evidentes problemas en

se desprende la presencia en los textos constitucionales más recientes, de una regulación articulada de estas cuestiones, incluso en el tema de las relaciones entre órganos jurisdiccionales. Cabe pensar, por ejemplo, en la solución española, que proclama a nivel constitucional el vínculo interpretativo entre las normas sobre derechos fundamentales y el CEDH en un modo que resulta evidente su papel orientador de la actividad de los jueces nacionales y revalorizador, al tiempo, de las resoluciones de los Tribunales supranacionales¹⁰⁷.

Además se constata una segunda cuestión que, más allá del marco normativo considerado, condiciona la lectura del tema que tratamos: nos referimos a la «cultura judicial» en sentido amplio¹⁰⁸. Bajo esta perspectiva, se pretende hacer referencia a todos los operadores y, en particular, a la clase forense, que mediante la orientación dada a las controversias condicionan, evidentemente, las soluciones que adoptan los magistrados. Al respecto, parece surgir una limitada sensibilidad hacia los instrumentos supranacionales de garantía que es, por otro lado, seguramente inadecuada en el actual contexto europeo, donde van multiplicándose los niveles de protección de los derechos¹⁰⁹. La cuestión se muestra con notable evidencia cuando se piensa en el alcance de las resoluciones de los órganos supranacionales. Si respecto al Tribunal de Justicia no es posible sustraerse al valor vinculante de las sentencias, cuando se trata del CEDH —en ausencia de previsión de específicos vínculos— el juez, si es necesario, se acoge a dichas normas, aunque sin referencia alguna a la interpretación realizada por el Tribunal Europeo. De todos modos, existe también un problema de conocimiento y de «circulación» de los precedentes, quizá inapropiado en el contexto actual. De hecho, una de las cuestiones más interesantes en la reciente evolución del Derecho —determinado en gran parte por el proceso de in-

el plano de las relaciones entre las fuentes, los acuerdos internacionales que son idóneos para hacer surgir obligaciones vinculantes frente al legislador.

¹⁰⁷ El art. 10.2 de la Constitución Española establece de hecho que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (cfr. en este punto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol», en *Mélanges Wiarda*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998, 222 ss.

¹⁰⁸ Una significativa mención al papel del poder judicial en la incorporación de las obligaciones internacionales la encontramos en B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 8 ss.

¹⁰⁹ Se está pensando en el creciente número de Declaraciones de Derechos y, en particular, en la Carta de Niza. Aún en presencia de mecanismos institucionales y de garantía que presentan notables diferencias entre sí, la existencia de problemas de coordinación y en algunos casos de sobreposición entre tales sistemas parece del todo evidente (se alude, en concreto, al debate —ya clásico pero reabierto en términos nuevos y con intensidad en el contexto de la Convención sobre el futuro de la Unión Europea—, sobre el papel del CEDH en el ordenamiento comunitario y, consecuentemente, de las relaciones entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo).

ternacionalización—, es el de la circulación de los precedentes judiciales. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los Tribunales supranacionales y los Tribunales Constitucionales de los países que recientemente han iniciado su andadura democrática, aunque puede constituir también un interesante momento de reflexión en sistemas como los analizados, que empujan a los Estados a formas de colaboración cada vez más intensas¹¹⁰. De todos modos, queda la duda de si las resistencias presentes en Italia constituyen, en último término, la consecuencia de una interpretación del papel del poder judicial enmarcada en el modelo burocrático de origen francés, donde los mismos operadores se muestran poco disponibles a desarrollar una función de garantía de los derechos y a buscar todos los instrumentos que tienen a su disposición para valorar la tutela del individuo, incluso más allá de la estricta aplicación de las normas.

(Traducción del italiano realizada por ROSARIO TUR AUSINA*).

¹¹⁰ Puede recordarse, de un lado, la praxis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en sus propias resoluciones realiza continuas referencias a las decisiones del Tribunal Europeo y, de otra parte, la jurisprudencia constitucional de los Países del Este de Europa que en los últimos años se han adherido al CEDH, que realiza numerosas remisiones a los precedentes europeos e incluso a los de otros Estados miembros. Vid. en general, sobre estas cuestiones, C. McCREDEN, «A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, 499 ss.

* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Miguel Hernández de Elche.