

# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL PARÁMETRO DE LOS PRINCIPIOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITU- CIONAL, COMUNITARIA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS\*

Silvio Gambino\*\*

Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Barrilao

## SUMARIO

- 1.- *Premisas*
- 2.- *Los principios supremos y los derechos fundamentales constitucionales como límites a la integración en otros ordenamientos supranacionales*
- 3.- *Primacía del Derecho comunitario y protección de los principios y los derechos fundamentales de la Constitución*
- 4.- *La «Constitución jurisdiccional comunitaria de los derechos fundamentales» y las condiciones de los «contralímites»*
- 5.- *La «primauté» comunitaria y las identidades constitucionales nacionales (según los arts. 1-5 y 1-6 del TCE)*
- 6.- *Tendencias sobre el control difuso de la constitucionalidad comunitaria: consideraciones finales.*

## 1. PREMISAS

El persistente «déficit» de legitimación constitucional (que no significa necesariamente de legitimación democrática) no es el único aspecto en el

---

\* Ponencia presentada en las «V Jornadas sobre la Constitución Europea», organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y por el Instituto Andaluz de Administración Pública (28-29 de marzo de 2007).

\*\* Catedrático de Derecho constitucional italiano y comparado. Universidad de Calabria, Italia.

que el constitucionalismo europeo se muestra mermado<sup>1</sup>. También en el plano de la efectividad de los derechos fundamentales, el sistema constitucional de la Unión Europea (aunque significativamente mejorado dada la asunción de cierta tutela de éstos por el Tribunal de Justicia, en cuanto componente esencial de los principios generales del ordenamiento comunitario, como veremos mejor) no está, todavía, en grado de ofrecer garantías, materiales y procesales, análogas a las que hoy brindan las Constituciones nacionales<sup>2</sup>. Así, por el momento, está claro que tal «déficit constitucional» y las propias derivas tecnócratas del sistema comunitario hacen a éste poco idóneo para ampliar los horizontes de la democracia, resultando todavía más evidente cómo su constitucionalismo, con su relativa fragmentariedad, no induce tampoco a prefigurar un proceso lineal de inequívoca y progresiva reproducción de los cánones constitucionales del pasado siglo.

El constitucionalismo europeo, en efecto, si de un lado absorbe progresivamente los poderes y las competencias de los Estados nacionales, erosionando la esencia misma de sus Constituciones, de otro ha evitado seguir sus formas, reflejar sus principios y repetir sus valores, desplegando en este nuevo siglo, en cambio, una sutil trama institucional sobre la que resulta verdaderamente difícil entretejer (aun con la urdimbre de una ciudadanía que «integra», pero que no «suple» la nacional) una nueva y más «progresista» época de derechos y libertades.

El «Derecho constitucional europeo», que desde hace tiempo se encuentra en vía de lenta formación, muestra, entre sus diversos perfiles,

---

<sup>1</sup> Sobre este punto, recientemente, cfr. AA.VV. *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, S. Gambino (ed.), Milano, 2006.

<sup>2</sup> Entre otros, al respecto, cfr., al menos: M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; y de la misma, «I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione», en F. BASSANINI y G. TIBERI, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; S. GAMBINO, «Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria», *Quaderni costituzionali*, 2003, n° 1; S. GAMBINO, «Los derechos fundamentales europeos: entre Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, tratados y Bill of rights», *Revista Vasca de Administración pública*, 2003, Vol. 65 (II); V. LIPPOLIS, «La cittadinanza europea», *Quaderni costituzionali*, 1993, n° 1, p. 136; G. ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003; O. De SCHUTTER, «La garanzia dei diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali», en G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, op. cit.; O. De SCHUTTER, «Les droits fondamentaux dans le projet européen», en O. de SCHUTTER y P. NIHOUL, *Une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, 2004; U. De SIERVO, «I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)», en G. ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e Costituzione...*, op. cit.; y A. PIZZORUSSO, «Il difficile cammino della Costituzione europea», en *Scritti in onore di Francisco Rubio Llorente* (en proceso de publicación).

dos elementos fundamentales y diferentes. Un primero, más inmediato, es aportado por el propio Derecho comunitario, al venir a penetrar, aún sobre la base de la creación jurisprudencial comunitaria de principios generales, en todos los Derechos positivos nacionales; su primacía y efecto directo sobre éstos están hoy ampliamente consolidados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a salvo, y como único límite, de un eventual contraste de aquél con los Derechos fundamentales (sobre todo sociales) constitucionalmente garantizados por cada uno de los Estados miembros. En cuanto al segundo de los elementos anunciados, la tutela de los derechos fundamentales a nivel comunitario, nos detendremos a continuación, señalando sus luces y sombras: entre la perspectiva de una jurisprudencia comunitaria de tipo pretoriana, y la incertidumbre del proceso de positivización normativa de los derechos fundamentales, cuyo inicio, antes del Tratado Constitucional mismo, se encuentra ya en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales adoptada en Niza (como documento político que ambiciona devenir en instrumento jurídico de tutela efectiva de los mismos, a la par que auténtico «Bill of rights» del constitucionalismo europeo y del Tratado por el que se establece una Constitución Europea)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Entre una amplia bibliografía, cfr. AA.VV. *Costituzione italiana e diritto comunitario*, S. Gambino (ed.), Milano, 2002; C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bologna, 2002; S. RODOTÀ, «La Carta come atto politico e documento giuridico», en AA.VV. (A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, y S. RODOTÀ), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; R. BIFULCO, M. CARTABIA, y A. CELOTTO, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna, 2001; L.S. ROSSI, «'Constitutionnalisation' de l'Unione européenne et des droits fondamentaux», en R.T.D.E., 2002, 1, p. 27 (así como *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002); A. PACE, «A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari», *Giur. cost.*, 2001, p. 194; A. BARBERA, «La Carta dei diritti dell'Unione europea», ponencia presentada en el *Convegno in memoria di Paolo Barile* (Firenze 25 giugno 2001), ahora en <http://www.paolobarile.unifi.it/progr.htm>; G. TESAURO, «Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dello ordinamento europeo e dei diritti fondamentali», en AA.VV., *La Costituzione europea*, Padova, 2000; G. RECCHIA, «Corte di Giustizia delle Comunità europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un 'catalogo' europeo dei diritti fondamentali?», en AA.VV. *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991; G. GAJA, «Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nello ordinamento comunitario», *Riv. di diritto internazionale*, 1988; E. PAGANO, «I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht», *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, nº 1; M. SCUDIERO, «Comunità europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire», *Rivista di diritto europeo*, 1996; JM. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, 1999; y F. ZAMPINI, «La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux 'dans le cadre du droit communautaire'», *Rev. trim. droit eur.*, 1999, nº 35.

## 2. LOS PRINCIPIOS SUPREMOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A LA INTEGRACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS SUPRANACIONALES

El tratamiento del tema que presentamos consistirá en comparar las formas y la intensidad de la protección de los derechos fundamentales en los Derechos constitucionales nacionales y en el Derecho comunitario. A tal fin, y en una primera aproximación al tema, atenderemos a la naturaleza de los principios y los derechos fundamentales en tanto que núcleo duro de nuestro constitucionalismo, dado que límite de la discrecionalidad de los legisladores estatales y regionales (e incluso del propio procedimiento de revisión constitucional), como contralímites incluso frente a la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario ante el Derecho nacional.

En el debate constituyente y doctrinal llevado a cabo a nivel estatal, ha adquirido peso una orientación predominantemente a favor de la existencia de límites materiales en las relaciones entre el ordenamiento constitucional interno y los otros ordenamientos (sobre todo el canónico y el comunitario), además de con relación a la misma reforma constitucional. Tal orientación se encuentra plenamente afirmada en la Sentencia 146/1988 del Tribunal Constitucional italiano, y está ya avanzada en una serie de pronunciamientos relativos a la existencia de límites al respecto de los cuales el propio Tribunal Constitucional asumía capacidad para hacerlos valer con ocasión de conflictos con ordenamientos externos (como son el Derecho canónico y comunitario). A estos efectos, nos detendremos en el desarrollo evolutivo de dicha jurisprudencia (aunque sea brevemente), para concluir con tan decisiva doctrina constitucional (ya en nuestros días); y a la par, reflexionaremos sobre las relaciones entre el ordenamiento constitucional y el comunitario con referencia al parámetro que suponen los principios y los derechos fundamentales, en cuanto límites, para en esa misma óptica interrogarnos sobre la eficacia hermenéutica de los llamados «contralímites».

Pero antes de proceder al análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional italiana en dicha materia, parece necesario preguntarnos por el fundamento de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, y si puede individualizarse debidamente el contenido de los principios supremos de la Constitución (como así son reconocidos por el Tribunal Constitucional), en tanto que fundamento de tales derechos inviolables<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Parece admisible sobre este punto la acreditada orientación doctrinal que habla, en todo caso, de un «carácter relativo de los límites sustanciales de la reforma», (Cfr. L. PALADIN, *Le*

De otra parte, en el ordenamiento italiano, y contrariamente a otros, la fuerza jurídica de la garantía de los derechos fundamentales que se basa en Derecho internacional (y en el comunitario, en una óptica de «multilevel constitutionalism»<sup>5</sup>), es la propia y específica de la fuente normativa (la legislativa ordinaria, como incluso la atípica, según una extendida y convincente interpretación) con la que se recibe en el Derecho interno dicha protección internacional; con ello, a su vez, cabe desarrollar una «función hermenéutica respecto a las mismas disposiciones constitucionales positivas sobre derechos fundamentales»<sup>6</sup>.

Análogo discurso puede hacerse, como se verá a continuación, para la misma protección comunitaria de los derechos fundamentales y el diálogo entre los Tribunales que lo caracterizan, y en el que participa, en todo caso, la conocida jurisprudencia sobre los «contralímites»; y ello subrayándose cómo, mientras el Juez comunitario ha procedido a una reconstrucción pretoriana del Derecho constitucional europeo (en ausencia de parámetros específicos positivizados en los Tratados comunitarios)<sup>7</sup>, los Tribunales Constitucionales han remarcado en todo caso la existencia de principios supremos en sus respectivos sistemas constitucionales, los cua-

---

*fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 154), si bien subrayando, al mismo tiempo, que «la idea de un núcleo constitucional hiperrígido» (op. cit., p. 155) asume sentido y un contenido fuerte únicamente en aquellas Constituciones que prevean una garantía de su reforma. Igualmente parece oportuno subrayar como tal rigidez afecta sobre todo a las Constituciones de la segunda posguerra, en las que, desde un origen iusnaturalista de los derechos fundamentales en las constituciones liberales, se viene a integrar una ulterior garantía internacional y comunitaria, a lo que se le añade, reforzándolas y vivificándolas, una nueva positivización de los principios y los derechos fundamentales en el «constitucionalismo social» contemporáneo.

<sup>5</sup> Entre otros, al respecto, cfr. F. SORRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», en AA.VV. *Atti Convegno A.I.C.*, 2004, en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>6</sup> Como lo ha demostrado el recurso que al respecto hace el Tribunal Constitucional italiano en muchísimas motivaciones de sus decisiones, como puede comprobarse, por ejemplo, en las Sentencias 127/77; 128/87; 404/88; 50 y 103/89; 62 y 278/92; y 168/94. Y a nivel doctrinal, entre otros, cfr. F. MODUGNO, *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995. Y del mismo autor, también, cfr.: «Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (in occasione di un commento al messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)», *Giur. cost.*, 1992; «I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale», en AA.VV., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, F. Modugno - A.S. Agrò - A. Cerri (ed.), Torino, 2002; y «Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti», en *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005.

<sup>7</sup> Sobre este punto cfr. también S. GAMBINO, «Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari», en S. Gambino (ed.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006.

les se sitúan como límite a la plena operatividad del Derecho comunitario (primario y derivado) con relación a los Derechos nacionales<sup>8</sup>.

Centrándonos ya en el análisis que ahora nos ocupa, las diversas lecturas que preceden llevan a encontrar dentro de la Constitución (y sin tener en cuenta las reglas que disciplinan su reforma) una serie de principios fundamentales atributivos de su arquitectura y fisonomía; en una palabra, de la estructura y la identidad del entero ordenamiento constitucional<sup>9</sup>. La concreción puntual de tales principios, no obstante, se presenta en sus resultados mucho más compleja y problemática.

Al respecto, sin embargo, acogemos aquellas interpretaciones, autorizadas, que localizan como principios fundamentales y supremos no todos los principios y derechos fundamentales positivizados en el texto constitucional, sino únicamente su «contenido esencial». Una tesis, esta última, sobre la que concurre asimismo la autorizada lectura que se declara escéptica con relación a la naturaleza de los principios fundamentales como límite en la reforma constitucional, desde el momento en que, como se ha puesto de manifiesto, «teniendo esto presente, se puede sustentar razonablemente que la prohibición de la reforma constitucional de la ‘forma republicana’ implica, no sólo la prohibición de concentración del poder activo de la decisión política de nuevo en órganos no electivos, sino también considerar la inalterabilidad de aquellos únicos derechos constitucionales que se entiendan esenciales en la ‘forma republicana’ como ‘una e indivisible’ (es decir, además de la igualdad de todos los ciudadanos, como auténtico elemento de distinción entre la República y la Monarquía, las libertades de manifestación y expresión, de reunión y asociación, y el derecho al voto y al acceso a los empleos públicos)»<sup>10</sup>.

El valor de los principios supremos, en tal sentido, se encuentra cualificado de distinto modo, según «que esté en juego la legitimidad de fuentes atípicas (concordatarias, comunitarias e internacionales), o bien afecten a las leyes constitucionales»<sup>11</sup> y de reforma constitucional.

---

<sup>8</sup> Entre otros, al respecto, cfr. asimismo S. GAMBINO, «La Carta e le Corti costituzionali. ‘Controlimiti’ e ‘protezione equivalente’», *Politica del diritto*, 2006, n° 3.

<sup>9</sup> Como certeramente se ha apuntado, «estos principios no sólo deben entenderse inmodificables por vía legal, sino que se sitúan como absolutamente condicionantes del entero ordenamiento, irradiándolo e invadiéndolo, hasta el punto de no poder prescindirse de ellos, de tenerse necesariamente en cuenta, cualquiera que sean las reglas legales que lo constituyan» (cfr. F. MODUGNO, *I ‘nuovi diritti’* ..., op. cit., p. 93).

<sup>10</sup> Cfr. A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, p. 45 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I ‘nuovi diritti’* ..., op. cit., p. 95. Así, y a modo de ejemplo, puede decirse que indudablemente constituyen principios supremos del sistema constitucional italiano,

En una primera clasificación, la individualización de los principios supremos opera a modo de garantía, oponiendo específicos «contralímites» en las relaciones entre ordenamientos soberanos, aunque separados y recíprocamente integrados; en una segunda, los mismos ayudan a fijar principios caracterizadores del sistema constitucional total (identificándolos como su arquitrabe), al respecto del cual el Tribunal Constitucional ha de actuar con un necesario («dúctil», razonable, «justo») equilibrio a la hora de determinar las previstas garantías constitucionales.

Constituye un buen ejemplo de la primera hipótesis la relación entre el ordenamiento canónico y el constitucional con respecto al valor del principio de igualdad, el cual parece ceder con claridad respecto a la legislación concordataria; y ello, en razón a la eficacia derogatoria prevista por el artículo 7 de la Constitución italiana<sup>12</sup>, y de modo implícito por el 11.

Al respecto el Tribunal Constitucional italiano, llamado bastantes veces a solucionar cuestiones de antinomia con dicho ordenamiento, ha asumido, de manera manifiesta, cómo las disposiciones de ejecución de los Pactos Lateranenses, sobre la base de la cobertura constitucional a éstos

---

en tanto que determinantes de su «forma republicana» del Estado: el art. 1 de la Constitución, al establecer el principio de la soberanía popular (entre otras, cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 571/1989, en la que el Tribunal ofrece una lectura fundada en una interpretación sistemática del art. 1 de la Constitución y del 139 de la misma, para asegurar la garantía de los derechos políticos además en su naturaleza de derechos inviolables del sistema democrático); el art. 2 de la Constitución, donde se califican como inviolables los derechos del hombre; el art. 3 de la Constitución, relativo a la igualdad formal y material; el art. 5 de la Constitución, en el que se sanciona la unidad e indivisibilidad de la República, el trabajo como principio, el concordatorio (con las garantías específicas de la negociación bilateral a fin de la eventual modificación de los Pactos Lateranenses), además del principio de laicidad, el pacifismo, el principio de lealtad y el derecho de resistencia (principios, estos últimos, expresamente individualizados como límites de los derechos inviolables a la reforma; cfr. A. CERRI, «Revisione costituzionale ...», op. cit., p. 8); mientras, resulta mucho más compleja y problemática la especificación de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales. Cada estudioso, por su parte, ha probado a identificar un propio catálogo de derechos fundamentales que cualifiquen al sistema constitucional, aunque el Tribunal Constitucional ha sido mucho más prudente al asignar tal condición a todas las disposiciones constitucionales de protección de los mismos derechos fundamentales.

<sup>12</sup> Recuérdese en tal sentido, al menos, las Sentencias del Tribunal Constitucional italiano 30, 31 y 32 de 1971; las Sentencias 195 del 1972, la 175 de 1973, y las 16 y 18 de 1982. En particular, cfr. la Sentencia 203/1989, la cual, en la identificación del «principio de laicidad del Estado» como uno de los principios supremos del sistema constitucional, remite expresamente a la Sentencia 1146/1988, concluyendo en el sentido de cómo «en la materia quebrantada los arts. 3 y 19 ponen de manifiesto como valores de la libertad religiosa en su doble especificación de prohibición: a) que los ciudadanos sean discriminados por motivos religiosos; y b) que el pluralismo religioso limite la libertad negativa de no profesar alguna religión».

reconocidos por el ya referido artículo 7 de la Constitución, gozan de una clara capacidad de resistencia a su derogación por una ley ordinaria posterior, así como, e incluso, incumplir específicas disposiciones constitucionales; pero ello no hasta el punto de poder incidir en los principios supremos del ordenamiento constitucional estatal, localizados sobre todo en el principio de igualdad y en el derecho a la defensa<sup>13</sup>.

En la línea de afirmar un límite desde los principios supremos (en el sentido al menos de un contenido esencial de los mismos), en la materia concordataria aparece siempre como digna de tenerse en cuenta la jurisprudencia constitucional relativa a la legitimidad de la reserva de la jurisdicción eclesiástica en materia matrimonial.

En ella, el Tribunal Constitucional italiano sanciona la naturaleza de principio supremo del derecho a la tutela judicial (y en estrecha conexión con el democrático), entendido al menos en su núcleo esencial; es decir, como derecho a un juez autónomo e independiente, además de a un proceso justo. Al respecto, el Tribunal presenta la forma en que desarrolla su iter argumentativo con ocasión del reconocimiento de principios supremos, los cuales no deben ser localizados en específicas disposiciones

---

<sup>13</sup> Cfr., en parte, la Sentencia 18/1982. Después de haber recordado cómo el Tribunal había ya afirmado en otras ocasiones (a partir de las Sentencias 30, 31 y 32 de 1971) que las normas del Concordato introducidas en el ordenamiento italiano por la Ley 810 de 1929, incluso disfrutando de la «cobertura constitucional» prevista por el art. 7 de la Constitución, no se sustraen al juicio de legitimidad constitucional, dicho control en tal caso, y sin embargo, permanece limitado y circunscrito a la sola comprobación de su conformidad, al menos, a los «principios supremos del ordenamiento constitucional»; y de ello, concluyendo el Tribunal Constitucional que «la constatada violación del supremo principio del derecho a la tutela jurisdiccional [...] el cual quiere que sean en todo caso garantizados, a cualesquiera y por cualquier controversia, un juez y un juicio [...], comporta la declaración de la ilegitimidad constitucional de las normas denunciadas en la parte en que las mismas prevean que la dispensa del matrimonio rato y no consumado, alcanzada por el adecuado procedimiento administrativo canónico, pueda producir efectos civiles en el ordenamiento del Estado». Tal premisa puede sancionar así la ilegitimidad constitucional del art. 1 de la Ley de 27 de mayo de 1929, núm. 810 (Ejecución del Tratado, de los cuatro alegatos anexos y del Concordato, ratificados en Roma entre el Santa Sede e Italia, el 11 de febrero de 1929), limitadamente a la ejecución dada por el art. 34, párrafo sexto, del Concordato, y del art. 17, párrafo segundo, de la Ley de 27 de mayo de 1929, núm. 847 (Disposiciones para la aplicación del Concordato de 11 de febrero de 1929 entre la Santa Sede e Italia, con relación al matrimonio), en la parte en que las referidas normas no prevean que al Tribunal de audiencia, en el acto de hacer ejecutiva la sentencia del Tribunal eclesiástico que pronuncia la nulidad del matrimonio, le corresponde verificar que en el procedimiento ante los tribunales eclesiásticos ha sido asegurado a las partes el derecho a actuar y resistir en juicio en defensa de sus propios derechos, y que la sentencia misma no contenga disposiciones contrarias al ordenamiento público italiano». Sobre esto, entre otros, cfr. asimismo S. GAMBINO y G. MOSCHELLA, «L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e C.E.D.U.», *Politica del diritto*, 2005, nº 4.

constitucionales, de modo que su concreto parámetro para el control de constitucionalidad ha de ser deducido de todas las normas de la Constitución; y con ello, confirmando así la doctrina acerca de la naturaleza del conjunto de las disposiciones constitucionales como idóneas para revelar, desde su orgánica sistematicidad, la existencia de principios supremos dentro del entero sistema constitucional.

Otro grupo de sentencias del Tribunal Constitucional italiano se nos muestra también útil, al atraer la atención sobre los fines del análisis que estamos desarrollando aquí con relación a la individualización de principios supremos por parte del Tribunal. Son las sentencias que van a disciplinar las antinomias (como auténticos y reales conflictos) entre el Derecho interno y el Derecho comunitario. El primero de tales pronunciamientos es la Sentencia 183/1973<sup>14</sup> (y también, entre otras, la 170/984), en la que el Tribunal comienza a afirmar, de forma clara, lo que repetirá más veces después: que las normas comunitarias no pueden violar «los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana».

Con relación a ello, por otra parte, no convencen aquellas orientaciones doctrinales que subrayan cómo, con base a los principios sancionados por el Juez comunitario en relación a la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario sobre el interno, los Tratados y los Reglamentos comunitarios resultarían idóneos para producir una derogación generalizada del Derecho interno (resistiendo incluso a las mismas leyes de rango constitucional); y estimándose así como «veleidosas» las atentas interpretaciones de los jueces constitucionales nacionales que han llevado a iden-

---

<sup>14</sup> Sentencia 183/1973: «Hace falta, por otro lado, recordar que la competencia normativa de los órganos de la CEE está limitadamente prevista por el art. 189 del Tratado de Roma a materias concernientes a relaciones económicas; o sea, a materias con relación a las cuales nuestra Constitución establece, si no la reserva de ley, sí el reenvío a la ley. Mas las precisas y puntuales disposiciones del Tratado prevén efectivas garantías, con lo que también parece difícil configurar en abstracto la hipótesis de un reglamento comunitario que pueda incidir en materia de relaciones civiles, éticos sociales, políticas, con disposiciones contrarias con la Constitución italiana. Es preciso así añadir al tema que con base al art. 11 de la Constitución únicamente se permiten limitaciones de soberanía para la consecución de las finalidades antes indicadas; y debe por tanto excluirse que semejantes limitaciones, específicamente concretadas en el Tratado de Roma (suscrito por países cuyos ordenamientos se inspiran en los principios del Estado de derecho y garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos), puedan comportar en todo caso por los órganos de la CEE un inadmisibile poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana». Al respecto, cfr. asimismo G. RECCHIA, «Osservazioni sul ruolo dei diritti fondamentali nell'integrazione europea», *Diritto e società*, 1991, n° 4, p. 133 y ss.

tificar niveles de resistencia constitucional a tal primacía (con la doctrina precisamente de los «contralímites»)<sup>15</sup>.

La jurisprudencia constitucional italiana en relación a las discrepancias entre normas comunitarias y principios supremos del ordenamiento constitucional, como se verá mejor a continuación, conduce a un control de constitucionalidad que se extiende a cualquier norma del Tratado, y a cómo ésta sea interpretada y aplicada por las instituciones comunitarias<sup>16</sup>.

Esencial a los fines del análisis de tal cuestión es el reenvío a la jurisprudencia constitucional italiana en materia de derechos fundamentales respecto a las relaciones (de primacía y de eficacia directa) con el Derecho comunitario.

En tal sentido, en la Sentencia Frontini<sup>17</sup> el Tribunal constitucional, aunque confirma plenamente los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, opone claras reservas por cuanto atañe a los derechos fundamentales, subrayando asimismo el carácter eminentemente instrumental de la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal mismo. Y a la par que argumenta el mantenimiento de su persistente rechazo a recurrir ante el Juez comunitario a través de la cuestión prejudicial, el Juez constitucional afirma al mismo tiempo la necesidad de un juicio suyo para la protección de la intangibilidad de los principios supremos del ordenamiento constitucional, y del «núcleo esencial» de los derechos allí garantizados, en toda hipótesis en que la prevalencia del Derecho comunitario se presente en contraste con tal «contralímite» constitucional.

Una década después de esta primera Sentencia, en el caso Granital<sup>18</sup>, el Juez constitucional subrayó la existencia de tales «contralímites» en el marco de una reconstrucción en sentido dual de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el estatal. Se trata, según tal jurisprudencia, de dos sistemas configurados como «autónomos y distintos aunque coordinados», según el reparto de competencias establecido y garantizado por el Tratado.

---

<sup>15</sup> Con única excepción parecería, hasta el momento, el famoso caso *Kreil*. Al respecto cfr. nuestros trabajos: «La Carta e le Corti costituzionali. 'Controlimiti' e 'protezione equivalente'», *Politica del diritto*, 2006, nº 3; «Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari» ... op cit.; «Verso il diritto costituzionale comune europeo. Diritto e diritti (fondamentali) nella prospettiva comunitaria», en S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, 2004; e «Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali», en S. GAMBINO, *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002.

<sup>16</sup> En particular, en la Sentencia constitucional 232/1989.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional italiano, Sentencia 183/1973, de 27 de diciembre.

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional italiano, Sentencia 170/1984, de 8 de junio.

En la doctrina del Tribunal Constitucional italiano<sup>19</sup>, el fundamento jurídico de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno cabe localizarlo, pacíficamente, en el artículo 11 de la Constitución italiana. La admisión de un principio que ve los dos ordenamientos como distintos, y al tiempo coordinados, lleva al Tribunal a recalcar cómo, perteneciendo las fuentes comunitarias a otro ordenamiento, «las normas derivadas de éste vienen, al amparo del artículo 11 de la Constitución<sup>20</sup>, a recibir eficacia directa en el territorio italiano, pero permaneciendo como extrañas al sistema de fuentes interno: y si es así, aquéllas no pueden, consecuentemente, ser valoradas según los esquemas predisuestos para la solución de los conflictos entre normas de nuestro ordenamiento»<sup>21</sup>.

La reconstrucción dual de dichas relaciones y, a nivel interno, el reclamo a la primacía del Derecho comunitario, no es suficiente para el Tribunal Constitucional, no obstante, para suponer una sustracción a su competencia del entero sector de las relaciones entre el Derecho comunitario y Derecho interno. En efecto, según ha establecido, «este Tribunal ya ha advertido, en la Sentencia 183/1973, que la ley de ejecución del Tratado pueda quedar sujeto a su juicio, «con relación a los principios fundamentales y a los derechos inalienables de la persona humana, en la hipótesis contemplada, aunque sea improbable»<sup>22</sup> en el número 9 de la parte dispositiva de dicho pronunciamiento»<sup>23</sup>.

Con tal jurisprudencia se aclara, a su vez, que el Tribunal Constitucional excluye su competencia a fin de hacer valer la compatibilidad del Derecho interno con relación al comunitario, si bien reconoce en cambio tal competencia sólo a los jueces ordinarios, además de otros sujetos competentes para dar ejecución al Derecho comunitario<sup>24</sup>. Ello ha de ser así con respecto al Derecho comunitario que se califica como directamente aplicable, mientras que el Tribunal Constitucional mantiene el juicio de compatibilidad del Derecho interno con el comunitario en el caso de normas en ejecución de un principio de Derecho comunitario; sin embargo, éste ha optado por seguir una predominante orientación de «self restraint», en el sentido de restituir la actuación de la causa al juez «a quo» para que

---

<sup>19</sup> La cual vuelve a lo que el mismo había ya afirmado en la Sentencia 183/1973 (con relación a la prevalencia del reglamento comunitario frente a la ley estatal).

<sup>20</sup> FJ núm. 4.

<sup>21</sup> FJ núm. 4.

<sup>22</sup> El entrecomillado es nuestro.

<sup>23</sup> FJ núm. 5.

<sup>24</sup> En este último sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 389/1989.

se active luego ante el Juez comunitario a fin de conseguir una «interpretación cierta y segura»<sup>25</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia *Amministrazione Finanze Stato*<sup>26</sup>: «Es verdad que el ordenamiento comunitario, como este Tribunal ha reconocido en las Sentencias más arriba recordadas y en bastantes otras, prevé un amplio y eficaz sistema de tutela jurisdiccional de los derechos y los intereses de los individuos, de los cuales la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia ex art. 177 del Tratado CEE constituye el instrumento más importante; y no es menos cierto que los derechos fundamentales deducibles de los principios comunes en los ordenamientos de los Estados miembros constituyen, según la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, parte integrante y esencial del ordenamiento comunitario. Pero «ello no significa que pueda reducirse la competencia de este Tribunal para verificar, mediante el control de constitucionalidad de la ley de ejecución, si cualquiera norma del Tratado, tal como ella es interpretada y aplicada por las instituciones y los órganos comunitarios, no entra en discrepancia con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o no atenta contra los derechos inalienables de la persona humana. Es sumamente improbable pero es siempre posible»<sup>27</sup>; además, debe tenerse en cuenta que, al menos en teoría, «no podría afirmarse con certeza que todos los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional se encuentran entre los principios comunes de los ordenamientos de los demás Estados miembros y por lo tanto sean comprendidos dentro del ordenamiento comunitario»<sup>28</sup>.

Como ha sido oportunamente subrayado, en este pronunciamiento, aún entre líneas, la doctrina del Tribunal «deja emerger la impresión de no querer ir más allá, al no entrar en abierta contradicción con el Tribunal y el ordenamiento comunitario, incluso habiendo querido reafirmar decididamente y en todo caso su propio poder de garantizar los contralímites en la admisión del Derecho comunitario»<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. V. ONIDA, «Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza comunitaria sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario», *Quad. cost.*, 2002, n° 3, p. 551, por el cual, el «paso por el Tribunal Constitucional (después del juicio del T.J.C.E.) podría revelarse, así, en todo caso superfluo». En este mismo sentido cfr. también, sucesivamente, el Auto 536/1995.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 232/1989.

<sup>27</sup> El entrecomillado es nuestro.

<sup>28</sup> El entrecomillado es nuestro.

<sup>29</sup> Cfr. A. CELOTTO y T. GROPPI, «Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti», *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; y P. MENGOZZI, «L'attuazione del diritto comunitario e i dubbi che

El derecho implicado en la cuestión objeto del juicio (relativo a los efectos de una Sentencia prejudicial, y en tal ámbito el derecho a un juez y a un proceso, en el sentido del art. 24 de la Constitución), verdaderamente, corresponde a los derechos (la tutela judicial) de los que el ordenamiento comunitario y el internacional (CEDH) se hacen ampliamente eco<sup>30</sup>, resultando ahora el pronunciamiento en examen, por tal razón, más una «sentencia de advertencia» que una reafirmación del derecho cuya tutela se propone, en cuanto que «contralímite» a la absoluta primacía del Derecho comunitario respecto del constitucional interno. De otra parte, el proceso concluye con un fallo de inadmisión por falta de relevancia de la cuestión.

Sin embargo, y en sintonía con cuanto había ya hecho el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Constitucional italiano no pierde en todo caso la ocasión de evidenciar una reserva de interlocución con el juez comunitario en una materia relativa a los derechos<sup>31</sup>. ¡Así pues, al menos, una mera afirmación de principios... para el futuro! En conclusión, el Tribunal, en el marco de una concepción dualista de los dos ordenamientos, como ya se ha indicado, ha confirmado plenamente la primacía del Derecho comunitario con respecto al interno, limitándose en gran parte a adoptar sentencias monitorias, sobre la existencia de «contralímites» en defensa de los principios y de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento constitucional, o incluso meros fallos de inadmisibilidad, siempre que el juez comunitario no se hubiera pronunciado (y ello disfrutando de las posibilidades permitidas por el proceso prejudicial).

Se analizará más adelante el diverso marco normativo en el que el Tribunal Constitucional será llamado a juzgar en el ámbito de procesos en vía principal, utilizando el nuevo parámetro constitucionalizado del referido artículo 117, párrafo primero, de la Constitución, como ya ha ocurrido en un reciente pronunciamiento<sup>32</sup>.

Ahora podemos prestar la atención que merece a la importante Sen-

---

possono essere avanzati anche in Italia sulla conformità del nostro ordinamento costituzionale del principio di prevalenza scritto nell'art. I-6 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», *Sud in Europa*, 20.03.2006.

<sup>30</sup> Cfr. también S. GAMBINO y G. MOSCHELLA, «L'ordinamento giudiziario...», op. cit .

<sup>31</sup> Para un análisis esencial de la jurisprudencia constitucional alemana con relación a las relaciones entre el Derecho constitucional alemán y el Derecho comunitario, cfr. asimismo, recientemente, S. GAMBINO, «La Carta e le Corti costituzionali ... », op. cit , notas 40-42.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 406/2005, en la que se ha hecho valer por primera vez el parámetro del referido art. 117, primer párrafo, de la Constitución.

tencia del Tribunal Constitucional italiano 1146/1988<sup>33</sup>, que parece encontrar la misma «ratio» justificante en la superación de los límites y las insuficiencias de la predominante y persistente lectura iuspositivista del texto constitucional, que tanto caracterizó las orientaciones predominantes de la doctrina hasta aquel momento.

Con esta doctrina<sup>34</sup> el Tribunal Constitucional vuelve a incidir, de hecho (mas sin hacer nunca expresa mención), en la remota teoría mortatiana de la «Constitución en sentido material». Si, en efecto, se excluye cualquier lectura que se base sobre una inaceptable función exclusiva de la misma como intérprete de la «super-constitucionalidad», otra fundamentación de tales valores no puede llevarse a cabo si no es mediante el reenvío al «difuso consenso alrededor de los valores fundantes, unidad e identidad, de un determinado ordenamiento constitucional»<sup>35</sup>. Si así no fuera, asig-

---

<sup>33</sup> «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos, ni tampoco modificados en su contenido esencial, ni por leyes de reforma constitucional, ni por otras leyes constitucionales. Éstos son tanto los principios que la propia Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const.), como los principios que, incluso no siendo mencionados expresamente entre los sometibles al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre la que se basa la Constitución italiana. Este Tribunal, por lo demás, ya ha reconocido en numerosas decisiones cómo los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un valor superior con respecto a las otras normas o leyes de rango constitucional, sea cuando ha mantenido que también las disposiciones del Concordato, las cuales gozan de la particular «cobertura constitucional» prevista por el art. 7, párrafo segundo, de la Constitución, no se sustraen a la comprobación de su conformidad a los «principios supremos del ordenamiento constitucional» (vid. Sentencias núms. 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, y 18/1982), sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede ser sometida al juicio de este Tribunal «en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana» (vid. Sentencias núms. 183/1973, y 170/1984). No se puede, por tanto, negar que este Tribunal sea competente también para juzgar sobre la conformidad de las leyes de reforma constitucional y las otras leyes constitucionales asimismo frente a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuera, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo justo en relación a sus normas de más elevado valor».

<sup>34</sup> Así también A.A. CERVATI, «La revisione costituzionale ...», op. cit., p. 21.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 19. Para un debate doctrinal que vuelve a tomar la naturaleza axiológica de los valores en los principios y en los derechos fundamentales, cfr. sobretudo A. BALDASSARRE, «Diritti inviolabili», *Enc. Giur. Treccani*, y asimismo P. RIDOLA, «Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo», en *I diritti costituzionali ...*, op. cit., además de los recientes artículos, ya citados, de F. MODUGNO, P.F. GROSSI, P. CARETTI y, en un sentido crítico, A. PACE, para el cual «no se percibe cómo un concepto declaradamente metajurídico, como el de un valor, pueda por sí ser utilizado para poner un límite jurídico» (en *Problematica delle libertà ...*, op. cit., p. 49).

nándose un plus de valor a las disposiciones escritas en materia de reforma constitucional, no quedaría, inevitablemente, otra vía para alcanzar tal objetivo que forzar las cláusulas de intangibilidad mediante el ya invocado recurso a la reforma «de doble grado», hipótesis (esta última) ya sostenida impracticable según las interpretaciones más acreditadas de tales disposiciones constitucionales.

Con la Sentencia 1146/1988, pues, el Tribunal Constitucional italiano da un significativo paso hacia delante en la garantía de la rigidez de la Constitución, y con ella del reconocimiento de los principios supremos «que no pueden ser subvertidos ni modificados en su núcleo esencial ni siquiera por las leyes de reforma u otras leyes constitucionales». En resumen, el Tribunal reconoce la existencia en el sistema constitucional de un «núcleo duro de valores», intangibles e irrenunciables; éste se basa tanto en los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (art. 139 Constitución), cuanto en principios que, incluso no siendo mencionados expresamente entre los no sometibles al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se basa la Constitución italiana.

Para llegar a tal decisión, el Tribunal Constitucional, de manera objetivamente discutible por cuánto atañe al «iter» argumentativo (en verdad, no muy argumentado), fuerza la misma regla procesal seguida desde siempre: es decir, la relativa al pronunciamiento de inadmisibilidad de la cuestión de legitimidad constitucional sometida a su juicio cada vez que éste concierna a cuestiones poco claras o que prevean interpretaciones alternativas respecto de la disposición impugnada (o sea, sin que el juez «a quo» ponga expresamente su «petitum» sobre uno sólo de las dos alternativas interpretativas en liza).

En el «iter» argumentativo del fundamento de la decisión, que tiene como objeto una cuestión de legitimidad constitucional de dos artículos del Estatuto especial del Trentino-Alto Adigio «por violación del principio supremo del ordenamiento constitucional sancionado por el art. 3 de la Constitución (principio de igualdad)», el Tribunal Constitucional subraya, como ya lo ha hecho en decisiones precedentes, que los «principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un valor superior con respecto a las otras normas o leyes de rango constitucional; y ello tanto cuando ha mantenido que también las disposiciones del Concordato, las cuales gozan de una particular «cobertura constitucional» prevista por el art. 7, párrafo segundo, de la Constitución, no se sustraen a la comprobación de su conformidad con los «principios supremos del ordenamiento

constitucional» (vid. Sentencias núms. 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973, 1 de 1977, y 18 de 1982), como cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede ser sometida al juicio de este Tribunal «conforme a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana» (vid. Sentencias núms. 183 de 1973, y 170 de 1984). No se puede negar, por tanto, que este Tribunal (lo que asume realmente de manera bastante apodíctica) sea competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de reforma constitucional y las otras leyes constitucionales respecto a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuera, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo justamente en relación a sus normas de más elevado valor»<sup>36</sup>.

La doctrina ahora expresamente afirmada por el Tribunal Constitucional, según la cual al mismo le compete juzgar las propias leyes constitucionales y de reforma constitucional, constituye, por tanto, el principio fuente de una teoría constitucional en términos de «verdad autoevidente»<sup>37</sup>. Pueden, en tal sentido, considerarse pacíficas aquellas reconstrucciones doctrinales que, a partir de la teoría mortatiana de la «Constitución en sentido material», hasta los más recientes desarrollos del constitucionalismo rígido y protegido en su supremacía con relación a las leyes, dan lugar al reconocimiento en la Constitución de la relativa naturaleza de «hinner law» y de ciertos contenidos garantistas. Sobre lo único que cabría alguna

---

<sup>36</sup> Como ha sido adecuadamente observado, desde diversas perspectivas, la motivación del Juez constitucional en un futuro y parecido pronunciamiento se presenta como idóneo para hacer «apodícticamente propias las conclusiones de la doctrina, por otra parte autorizadamente sostenidas y abundantemente difundidas» (Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, «Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato», *Diritto e società*, 1996, nº 3, p. 308). Ella, en efecto, como ha sido subrayado, «constituye... un bloque importante del Derecho constitucional jurisprudencial, o mejor científico-jurisprudencial, pues sanciona un principio (aunque después de una originaria apertura de opiniones) ya abundantemente afirmado en la iuspublicística, pero que el Tribunal Constitucional ha evitado hasta ahora afirmar abiertamente, sea cuando lo ha aplicado de hecho, sin enunciarlo (Sentencia 38/1957), sea cuando ha afirmado el principio de sometimiento al juicio de constitucionalidad de las fuentes autorizadas para separarse de la Constitución en cuanto que dotadas de una particular cobertura constitucional: fuentes pues que tienen una eficacia y una posición sistemática parecida a la de las leyes constitucionales (Sentencias 30, 31, 32/1971; 12 y 195/1972; 175/1973; 1/1977; 16/1978; 16 y 18/1982; auto 26/1985, en materia de leyes de ejecución del concordato: 48/1979, en materia de costumbres internacionales generalmente reconocidas; 183/1973; y 170/1984 en materia de tratados comunitarios» (Cfr. M. DOGLIANI, «La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdrammatizzazione' del diritto costituzionale», *Le Regioni*, 1990, nº 3).

<sup>37</sup> Op. cit.

duda, como se ha subrayado certeramente, es sobre la «posibilidad, tanto teórica... como práctica... de tutelar mediante la garantía jurisdiccional el respeto de aquellos principios que se consideran límites absolutos al poder de reforma»<sup>38</sup>. Y es aquí donde se han recalado los más significativos límites argumentativos de la decisión, en cuanto que el Tribunal utiliza como fundamento de la decisión ahora en examen, y así pues para solucionar la cuestión concretamente sometida a su juicio, anteriores líneas jurisprudenciales basadas en una distinción conceptual entre leyes de reforma en derogación o en sustitución.

El esfuerzo argumentativo reside, de este modo, en haber «explícitamente ampliado a todas las fuentes del art. 138 de la Constitución los principios que el Tribunal había elaborado sólo con relación a fuentes consideradas únicamente a autorizar la derogación de normas constitucionales «ordinarias», y de por sí inidóneas para sustituir... los principios supremos de la Constitución misma»<sup>39</sup>. Así pues, un esfuerzo que parece encontrar su más profunda razón en la conciencia que el Tribunal Constitucional tiene de la «desmesura» del proceso político y de los riesgos a los que parece sometido el texto constitucional en el núcleo fundamental de sus valores. En resumen, el Tribunal sentencia, pero piensa en las reformas institucionales<sup>40</sup>, como ha sido adecuadamente subrayado.

El efecto más evidente de dicha jurisprudencia es, como bien ha advertido la doctrina que se ha ocupado del tema, la superación de los clásicos principios de jerarquía y competencia en la sistemática de las fuentes; lo que implica, de manera evidente, «la construcción de una jerarquía material de las normas, destinada a soslayar la formal, o, como en este caso, hasta agregarse»<sup>41</sup>.

El Tribunal Constitucional italiano, superando en exceso sus poderes más allá de los (al menos aparentemente) previstos en el artículo 134 de la Constitución, «quiere asimismo erigirse en juez de la fidelidad del ordenamiento a sus valores fundamentales respecto a actos que, en cuanto lícitos al proceder a la reforma de la Constitución, parecerían también facultados para alejarse de aquellos valores. Por lo tanto, sostiene la existencia de un núcleo duro de valores intangibles e irrenunciables, sancionando la alteración de la identidad misma del ordenamiento»<sup>42</sup>. Un adelanto, en

---

<sup>38</sup> Op. cit., p. 785.

<sup>39</sup> Op. cit., p. 785.

<sup>40</sup> Cfr. S. BARTOLE, «La Corte pensa alle riforme istituzionali?», *Giur. cost.*, I, 1988, p. 5570.

<sup>41</sup> Op. cit., p. 5571.

<sup>42</sup> Op. cit., p. 5572.

resumen, de la doctrina que le llevará recientemente, y ciertamente con resultados merecedores de críticas, a identificar un límite adicional en el propio «espíritu de la Constitución» (en el caso específico se trataba del ámbito estatutario reconocido a las Regiones en materia de forma de gobierno de las nuevas disposiciones del actual Título V de la Constitución<sup>43</sup>).

Llegando al final de esta breve reflexión a propósito de un debate amplio y complejo que, como se ha podido ver, resulta tan remoto como actual, puede subrayarse por fin que la importancia de una jurisprudencia y una doctrina, como la anteriormente señalada, no reside tanto en la consideración de haber afirmado la existencia de derechos y principios fundamentales y supremos como vínculos a la propia reforma constitucional (derechos y principios que, aunque afirmados, no resultan sin embargo identificados siempre en sus contenidos esenciales), si no en haber sido acompañada con una rica y puntual jurisprudencia constitucional centrada en la tutela de los derechos fundamentales<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Sobre este punto, entre otros, cfr. también nuestro trabajo «La forma di governo regionale (fra 'chiusure' del giudice costituzionale, 'incertezze' degli statuenti regionali e 'serrato' confronto nella dottrina)», en *Le istituzioni del federalismo*, 2004; y A. SPADARO, «I 'contenuti' degli statuti regionali con particolare riguardo alle forme di governo», en A. RUGGERI - G. SILVESTRI (ed.), *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001.

<sup>44</sup> A esta última se debe una parte, no secundaria, de la misma capacidad de resistencia ante reformas institucionales que desde hace tiempo se intentan en el país, y que han permitido al cuerpo referendante encontrar por el momento un apoyo en la justificación política y jurídica de la impracticabilidad de tales hipótesis de reforma (sea por la cantidad de disposiciones constitucionales implicadas, sea por el relieve de las relativas materias), como ha estado a punto de suceder con ocasión de recientes tentativas de reforma constitucional. Una orientación, este última, bien ilustrado en la tesis de SILVESTRI, según la cual de la prohibición de reforma de la forma republicana y de sus principios supremos, también derivaría un «principio de no regresión» (G. SILVESTRI, «Spunti e riflessioni sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale», en *Scritti in on. di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, pp. 1183 y ss.) «qué, mientras no impida modificaciones en sentido «progresivo» de las normas constitucionales, actuaría de obstáculo a cualquier forma, aún larvada, de «restauración»» (G. SILVESTRI, ult. op. cit., p. 1206). En tal sentido se pueden recordar, sobre todo, lo acontecido con ocasión del derecho a la salud y de la forma de gobierno, según resultan disciplinados en el reciente texto de reforma constitucional, y que han permitido al cuerpo social poder invocar las garantías del fundamentalidad del derecho social a la salud. La fundamentabilidad de tal derecho y su inclusión, en cuanto «derecho social», entre los derechos inviolables, en todo caso, ya fue plenamente afirmado por el Juez constitucional (entre otras la Sentencia 346/1989, y más recientemente en la 282/2002), además de como límite del equilibrio de los poderes constitucionales en cuanto que contenidos inderogables del principio supremo de la «forma republicana», como razón de un difuso consentimiento social en favor de la Constitución (no abstractamente entendido) concretamente (interiorizado y) garantizado por el pueblo soberano (en el mismo sentido, cfr. también U. ALLEGRETTI, «Il problema dei limiti sostanziali alla innovazione costituzionale», en AA.VV. (E. RIPEPE y R. ROMBOLI, ed.),

### 3. PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y PROTECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN

La reflexión tendrá ahora que centrarse en cuestiones abiertas con ocasión de la formación jurisprudencial del Derecho constitucional europeo en materia de derechos fundamentales, y en sus relaciones con la jurisprudencia constitucional nacional con relación a la protección del «núcleo duro» de la Constitución (principios y derechos fundamentales).

Desde hace tiempo, y según es conocido en la doctrina constitucional y comunitaria, tal jurisprudencia ha subrogado un persistente déficit de legitimación constitucional de las instituciones y del Derecho comunitario. En dicho marco, los jueces comunitarios han desarrollado (y desarrollan todavía) la compleja y delicada tarea de sustentar el proceso de integración supranacional, regulando, al tiempo, las disonancias y los potenciales conflictos entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de cada Estado miembro; y con particular referencia, a la protección de los derechos fundamentales por cómo son reconocidos y garantizados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (y ahora art. I-9 TC).

En realidad, no pueden considerarse plenamente convincentes al respecto aquellas orientaciones doctrinales que, en la argumentación de una (casi completa) Constitución Europea, subrayan cómo, con base en los principios sancionados por el Tribunal de Justicia sobre la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario sobre el interno, los tratados y los reglamentos comunitarios resultan dotados de efecto directo, produciendo una derogación generalizada en el Derecho interno, resistiendo a las mismas leyes de rango constitucional, y minimizando, de tal manera, como «veleidosas» aquellas orientaciones jurisprudenciales (sobre todo las de

---

*Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, p. 24). En el fondo, pues, es el éxito del llamado «espíritu de la Constitución», a la que el mismo Tribunal Constitucional se ha referido en recientes pronunciamientos para censurar la legitimidad de algunas decisiones excéntricas de algún Consejo regional en reforma de su propio Estatuto, en la dirección prevista por la Ley Constitucional 1/1999. Si se quiere, es la confirmación de la lectura ya hecha por MORTATI, aunque sea en una fase histórica y en un contexto político completamente diferente de los actuales. Por último, sobre el punto, entre otros, cfr. también S. MANGIAMELI, «Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei di diritti fondamentali» (*paper*); F. BILANCIA, «I diritti fondamentali e la loro effettività», en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (03.03.2006); F. POLITI, «Attuazione e tutela dei principi fondamentali della Costituzione repubblicana», en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (15.03.2006); y S. PANUNZIO (ed.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.

jueces constitucionales alemanes e italianos) que han llevado a identificar niveles de resistencia constitucional a tal primacía (con la doctrina conocida como de los «contralímites»).

Ante la cuestión de quién sea el que se pregunte cuál sea la fuente primaria de la base de tal primacía comunitaria sobre el Derecho interno (es decir, si la misma puede ser localizada en la respectiva norma legitimante de las distintas Constituciones nacionales, o bien antes en la propia Unión Europea en base a una fuerza constitucional propia<sup>45</sup>), se puede por tanto contestar que la primacía puede ser indudablemente reconocida desde la misma Unión Europea, pero a condición de que tal «autorización» conozca límites inderogables, como los referidos principios supremos de los ordenamientos nacionales (ahora, art. 1-5 TC); éstos, a su vez, no pueden ser removidos por ningún juez, salvo por un procedimiento, una decisión constituyente, que los reenvíen a los pueblos soberanos de Europa.

La resolución de tales problemas (de legitimación constitucional) no cabe llevarse a cabo si no es recurriendo al poder constituyente originario (aunque problemático en sus formas de ejercicio<sup>46</sup>). No es propiamente, en efecto, de «déficit» democrático de lo que puede hablarse correctamente cuando se enfrentan los temas de las relaciones entre Constitución nacional y Derecho comunitario, sino de «déficit» constitucional, el cual resulta únicamente superable con el reenvío a los sujetos que únicamente pueden solucionar tal «déficit» de legitimación constitucional: los pueblos europeos, como soberanos en la decisión de la Constitución Europea<sup>47</sup>.

Asimismo es verdad, bajo tal perfil, que los conflictos entre los ordenamientos (nacionales, comunitario e internacional -CEDH-) son, en gran parte, más temidos que reales, también en consideración del «superávit» de tutelas que tal protección «multinivel» asegura a los sujetos (de

---

<sup>45</sup> A. BARBERA, «Esiste una 'costituzione europea'?', *Quaderni costituzionali*, 2000, nº 1, pp. 65 y ss.; y del mismo autor, «La Carta dei diritti dell'Unione Europea», *Relazione al Convegno in memoria di Paolo Barile* (Firenze, 25 de junio, 2001).

<sup>46</sup> Cfr. S. GAMBINO (ed.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa ...op. cit.*

<sup>47</sup> Respondiendo esta preocupación de fondo, cabe encontrar importantes y recientes pronunciamientos de jueces constitucionales, entre los cuales se recuerda, por el relieve argumental al respecto, la Decisión del Consejo Constitucional francés (Decisión 505-2004, de 19 de noviembre, según la cual, la ratificación del, en aquel entonces, nuevo Tratado europeo debería ser precedida de una expresa reforma de la Carta constitucional francesa); y de otra parte, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que, aún acompañada de tres votos particulares, se ha pronunciado en el sentido de la plena compatibilidad de las normas del Tratado constitucional europeo con la Constitución española).

los 25 Estados miembros) europeos<sup>48</sup>. En tal contexto, los jueces nacionales son llamados a conciliar reglas constitucionales y Derecho comunitario, asegurando la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario (los reglamentos comunitarios, pero también las directivas «self-executing»), accionando, al tiempo (y en caso de que sea necesario), el juicio de las leyes de recepción de los Tratados, al menos con respecto a los aspectos que atañen al proceso en curso, y en todo caso después de haber actuado en la línea de una interpretación conforme al Derecho comunitario (Sentencia Marleasing)<sup>49</sup>. Parecido recorrido tendrá que seguir (y ha seguido

---

<sup>48</sup> Con referencia al análisis de la jurisprudencia comunitaria, en el sentido de que esta última siempre ha vigilado que «ninguna norma de la UE sea interpretada y aplicada de modo incompatible con los principios fundamentales de los Estados miembros, incluidos los principios fundamentales del ordenamiento italiano», cfr. P. MENGOZZI, «L'attuazione del diritto comunitario e i dubbi che possono essere avanzati anche in Italia sulla conformità del nostro ordinamento costituzionale del principio di prevalenza scritto nell'art. 1-6 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», en *Sud in Europa* (20.03.2006). El autor oportunamente insiste en la jurisprudencia más significativa en apoyo de tal interpretación, en la que destaca: el caso Alemania c/ Parlamento Europeo (C-376/98), en relación a la leal cooperación de las instituciones comunitarias con los Estados miembros; la importante Sentencia del Tribunal comunitario con referencia a la contradicción entre la norma irlandesa que prohíbe la interrupción voluntaria del embarazo (C-159/90) y el reconocimiento del derecho a la información de los estudiantes sobre clínicas de otros Estados miembros que practican el aborto; y el caso Omega (C-36/02) en materia de contradicción entre la libre prestación de servicios y la tutela nacional del valor de la dignidad humana. Sobre el punto cfr. también, entre otros, V. ZAGREBELSKY, «La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali», en <http://www.luiss.it> (*Bollettino* n° 6/2005); S. PANUNZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa: una introduzione», en <http://www.luiss.it> (*Bollettino* n° 1/2003); y G. ZAGREBELSKY, «Corti europee e Corti nazionali», en <http://www.luiss.it> (*Bollettino* n° 1/2001). Sobre las relaciones reales y virtuales del Tribunal comunitario y el del CEDH, cfr. en particular G. DEMURO, «I rapporti fra C.G.C.E. e Corte europea dei diritti dell'uomo», en P. Falzea - A. Spadaro - L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003; y A. TIZZANO, «Corte e Corte di giustizia», *Il foro italiano*, 2006 (núm. especial: AA.VV., *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*).

<sup>49</sup> «Le juge national qui est saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application de la directive 68/151 ... est tenu d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, en vue d'empêcher la déclaration de nullité d'une société anonyme pour une cause autre que celles énumérées à son article 11. Ces dernières doivent elles-mêmes, au vu de ladite finalité, être interprétées strictement, de sorte que celle tenant au caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société doit s'entendre comme visant exclusivement l'objet de la société tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts».

Sobre el punto cfr. también F. BALAGUER CALLEJÓN, «Le corti costituzionali e il processo di integrazione europea», en *Convegno AIC* (Roma 27-28 de octubre de 2006), «*La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*» (en prensa); S. PANUNZIO, «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», en S. PANUNZIO (ed.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; y A. RUGGERI, «Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema» (*Atti CSM*, Roma, 28 de febrero-2 de marzo de 2007).

hasta aquí, con la sola excepción del caso Kreil) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en mantenimiento de la primacía del Derecho comunitario sobre el de los Estados miembros de la Unión, con el correspondiente reconocimiento de las funciones de garantía asegurada por los Tribunales Constitucionales nacionales en sus correspondientes ordenamientos.

#### 4. LA «CONSTITUCIÓN JURISDICCIONAL COMUNITARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES» Y LAS CONDICIONES DE LOS «CONTRALÍMITES»

En el examen de las aportaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la formación del Derecho constitucional europeo, un sitio central lo ocupan los principios generales elaborados por el propio Tribunal, a los cuales corresponde, junto a las normas del TCEE (y las que lo han modificado e integrado), una influencia determinante sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros<sup>50</sup>.

En ausencia de un catálogo de derechos en los Tratados comunitarios, han sido los derechos fundamentales, sobre todo a partir de los primeros años setenta del siglo pasado, los que han ocupado dicho puesto en el interior de aquéllos y como contenido fundamental de los mismos; y al respecto, reconociéndose el Tribunal de Justicia como competente en su «custodia»<sup>51</sup>.

El análisis del contenido material de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con relación al tema de los principios y los derechos fundamentales comunitarios, se presta, por otra parte, a una reflexión a la que la doctrina constitucional (si bien tras la internacionalista) dedica una creciente atención. Es en este ámbito donde se coloca el debate sobre las relaciones entre la jurisprudencia constitucional interna y la jurisprudencia comunitaria, también conocida como doctrina de los «contralímites»<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Cfr. A. ADINOLFI, «I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, pp. 525 y ss.

<sup>51</sup> Cfr. Sentencia *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, causa 29/69, en *Racc. Uff.* 1969, p. 420; Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970, causa 11/70, en *Racc. Uff.* 1979, p. 1125; y Sentencia *Hauer*, causa 44/1979, en *Racc. Uff.* 1979, p. 3727.

<sup>52</sup> Para un lúcido análisis sobre las 'condiciones' de los «contralímites» desde la óptica de la positivización que supone el art. II-53 de la Carta de los Derechos en el Tratado Constitucional, cfr. A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria della interpretazione», en AA. VV. (P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA ed.), *La Corte costituzionale e le Corti ... op. cit.*; A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e

oponibles por parte de cada uno de los ordenamientos constitucionales nacionales en un proceso de potencial limitación/vaciamiento de los mismos, sobre todo en materia de principios supremos y derechos fundamentales.

En tal desarrollo (del Estado, y de la superación del déficit constitucional comunitario) aparece una vía todavía necesaria por recorrer para la plena realización del proceso de integración comunitaria. Pero lo que de manera principal llama la atención de tal relación, con especial referencia a la garantía de las posiciones jurídicas subjetivas constitucionalmente garantizadas (en el pasado sólo postergada con la conocida jurisprudencia de los «contralímites»), sería la necesidad (constitucional, pero también política) de una «reforma constitucional tanto a nivel europeo, como nacional»<sup>53</sup>; no pudiéndose por tanto continuar planteando/realizando un proceso de integración comunitaria, que deviene «in itinere» (casi fácticamente) en un proceso de constitucionalización comunitaria plena, en ausencia de una legitimación democrática adecuadamente representativa (como sólo los procedimientos constituyentes pueden asegurar) y atenta «a proyectar un sistema de garantías verdaderamente funcionales»<sup>54</sup>.

En esta perspectiva, las «condiciones» de los «contralímites» desde la óptica de la positivización del artículo II-113 del Tratado Constitucional se individualizan con referencia a la jurisprudencia constitucional al respecto (tanto la nacional, como las de otros Tribunales Constitucionales euro-

---

tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)», *Forum di Quaderni costituzionali*; A. CELOTTO y T. GROPPPI, «Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti», *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. CELOTTO y T. GROPPPI, «Primauté e controlimiti nel Progetto di Trattato costituzionale», *Quad. cost.*, 2004, nº 4, pp. 868 y ss.; M. CARTABIA y A. CELOTTO, «La giustizia costituzionale dopo Nizza», *Giur. cost.*, 2002; T. GROPPPI, «La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato», *Astrid. Rassegna*, 2005, nº 13; AA.VV. (M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPES ed.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005; F. SALMONI, «La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali», en AA.VV. (P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA ed.), *La Corte costituzionale e le Corti ...op. cit.*; G. AZZARITI, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo», *Rass. dir. pub. eur.*, 2002; V. ONIDA, «Armonia tra diversi e problemi aperti, La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario», *Quad. cost.*, 2003; A. CELOTTO, «L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)», *Giur. It.*, 2005; y S. GAMBINO, «La Carta e le Corti costituzionali. 'Controlimiti' e 'protezione equivalente'», *Politica del diritto*, 2006, nº 3.

<sup>53</sup> Cfr. U. De SIERVO, «I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali nazionali», en G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari-Roma, 2003, p. 259; y A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeizzazione dei 'controlimiti' ...», op. cit.

<sup>54</sup> Cfr. U. De SIERVO, «I diritti fondamentali europei ...», op. cit. p. 259.

peos)<sup>55</sup>. De un lado, así, éstos se entenderían, «como expresión de orgullo nacional, la intervención del Derecho comunitario no constituye un atentado para los ordenamientos constitucionales nacionales, sino, más bien, un instrumento de notable potencialidad para dar desarrollo a los principios y valores presentes en las Constituciones, aunque a menudo negados u olvidados»<sup>56</sup>; y de otro, «la inutilidad de estas orientaciones, en cuanto que ningún Estado ha tenido verdaderamente el «coraje» de declarar la prevalencia de un «contralímite» sobre las normas comunitarias... el Derecho comunitario (en efecto) «sortea» las garantías puestas en tutela de la rigidez de las Constituciones, gracias a los principios de primacía y eficacia directa, los cuales no pueden no valer también con respecto a las normas de rango constitucional», como el caso Kreil habría demostrado.

Con esta lectura, en realidad bastante optimista, se sigue que «los contralímites se encaminan a convertirse no ya en un rígido muro de lindes entre ordenamientos, sino en un punto de articulación, una cremallera de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros. Una Unión Europea que tiende a la formación de un verdadero Estado unitario de tipo federal no puede no permitir que los singulares Estados miembros, sobre todo en materia de derechos, no apliquen las propias disposiciones que reconocen niveles de protección más elevadas, como ocurre tradicionalmente en los Estados federales... (en esta óptica, por tanto) los «contralímites» adquieren una misma legitimación, como forma dinámica de prevalencia del Derecho nacional, respecto al caso concreto; la primacía asume contenidos nuevos y diferentes, admitiendo derogaciones a nivel nacional»<sup>57</sup>. Por el momento, éstas últimas resultan ausentes en la previsión comunitaria «de iure condendo», la cual se limita «a afirmar las libertades y los derechos, en cuanto que el moderno constitucionalismo exige al menos que en las disposiciones de garantía se predeterminen también las categorías de los límites que podrán ser sucesivamente desarrolladas por el legislador en las situaciones subjetivas de ventaja»<sup>58</sup>.

Análogamente, y muy importante, en el moderno constitucionalismo aparece «la exacta predeterminación de los casos en los cuales el ejercicio de los poderes limitativos de las libertades será reservado únicamente

---

<sup>55</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili ...*, op. cit., pp. 95 y ss.; y A. CELOTTO, T. GROPPPI, «Diritto UE e diritto nazionale ...», op. cit.

<sup>56</sup> Cfr. A. CELOTTO y T. GROPPPI, «Primauté e controlimiti ...», op. cit.

<sup>57</sup> Op. cit. Sobre el tema cfr. también, entre otros, F. SALMONI, «La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia ...», op. cit.

<sup>58</sup> Cfr. U. De SIERVO, «I diritti fondamentali europei ...», op. cit., p. 266.

a las autoridades jurisdiccionales, antes que a las administrativas. El riesgo consiguiente es que toda una serie de importantes libertades puedan verse, en concreto, menos aseguradas que en nuestro ordenamiento»<sup>59</sup>.

Desde tal óptica, se confirma que la perspectiva más completa para el desarrollo de tal proceso pasa todavía, en la fase actual, por una necesaria «cohabitación» entre ordenamientos jurídicos que impone una «relación de cooperación» entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal Justicia<sup>60</sup>. Tal relación deja plenamente activo el juicio de constitucional de las normas comunitarias por contraste con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional a través del control de la ley de ejecución del Tratado para aquellos ordenamientos que no prevén la previa reforma de los Tratados, como entre otros el ordenamiento español y el francés, pero al tiempo dejan abierta la posibilidad (entre otros, el italiano) para que el Juez de las leyes emplee aquellos instrumentos persuasivos e interpretativos que, sin llegar a la sanción del inconstitucionalidad de las normas comunitarias, permitan reintegrar en el marco europeo (y ante el Tribunal de Justicia, sobre todo) las exigencias del sistema constitucional de los específicos Estados miembros y sus respectivos elementos fundamentales. Tal diálogo puede continuar válidamente así cuando se refleje, como ya se ha presentado, sobre la disponibilidad de instrumentos jurídicos como la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para la interpretación o para el juicio de validez de las normas comunitarias por parte del juez ordinario y del mismo Tribunal Constitucional, como se verá mejor a continuación<sup>61</sup>.

Presentada brevemente la fuerza creadora del Derecho de los principios generales del Derecho comunitario, y del necesario diálogo entre las jurisdicciones constitucionales nacionales y el Tribunal comunitario, en una

---

<sup>59</sup> Cfr. U. De SIERVO, «I diritti fondamentali europei ...», op. cit., p. 266.

<sup>60</sup> Cfr. asimismo M. CARTABIA, *Principi inviolabili ...* op. cit., p. 241; y L. DUBOIS, «Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Objet et portée de la protection», en L. FAVOREU, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, 1983.

<sup>61</sup> Aunque sea conocido que la vía seguida por el Tribunal Constitucional italiano en su jurisprudencia (diversamente, por ejemplo, de la orientación seguida por los Tribunales Constitucionales español, austriaco y belga) no parece que pueda ser acogida por el Estado, quedaría sin embargo el Tribunal, en la eventualidad de un cambio de su jurisprudencia al respecto, en la mejor de las condiciones para facilitar, en el estado actual de las relaciones entre ordenamientos, «la integración europea en la dimensión de los valores, indispensable para un desarrollo equilibrado de la UE... de ponderar adecuadamente el equilibrio con los otros principios supremos» (Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili ...*, op. cit., pp. 248 y 249). Cfr. también C. DI TURRI, «Ancora sul rapporto tra giurisdizioni nazionali e Corte comunitaria in tema di rinvio pregiudiziale ex art. 177 del Trattato di Roma», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, n° 2.

perspectiva de garantía de la coexistencia de los valores y los principios supremos de los dos ordenamientos, cabe ahora recordar como, en ausencia de disposiciones en los Tratados comunitarios en materia de derechos fundamentales, la construcción originaria de un «catálogo», aunque sea limitado, de derechos fundamentales comunitarios fue obra únicamente del Tribunal de Justicia. Sólo después, con el Tratado de Maastricht primero y el de Amsterdam después, han sido positivizadas disposiciones en las que el respeto de los derechos del hombre y las libertades fundamentales ha sido asumido como fundamento de la propia Unión Europea, junto a los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho, en cuanto que principios comunes en los Estados miembros.

La evolución de esta jurisprudencia en derechos fundamentales (aunque de sobra conocida) resulta útil volver a verla, junto a los contenidos más significativos que la caracterizan, para argumentar sobre la efectividad de ciertas tutelas al objeto de un reconocimiento a favor de nuestra reflexión de los contenidos de las jurisprudencias de los dos ordenamientos (comunitario y nacional).

Después de una primera fase sin diferencias sustanciales al respecto, es en los años sesenta, con la sentencia Stauder<sup>62</sup> y sobre todo en un histórico «considerando» de la Sentencia Internationale Handelsgesellschaft<sup>63</sup>, cuando el Tribunal de Justicia llega a reconocer que la «tutela de los derechos fundamentales constituye parte integrante de los principios jurídicos generales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia». Para el Juez comunitario, «la salvaguardia de estos derechos, aun siendo informada por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, tiene que ser garantizada dentro del ámbito de la estructura y los fines de la Comunidad».

---

<sup>62</sup> De 12 de noviembre de 1969, causa 29/69, en *Racc. Uff.* 1969, p. 420. Según el Tribunal de Justicia, «así interpretada, la disposición de la cual es causa no revela elemento alguno que pueda prejuzgar los derechos fundamentales de la persona, los cuales forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuya observancia reconoce el Tribunal».

<sup>63</sup> De 17 de diciembre de 1970, causa 11/70, en *Racc. Uff.* 1970, p. 1125. Según el Tribunal de Justicia, «la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado. Sin embargo, se considera oportuno examinar si alguna garantía análoga, inherente al Derecho comunitario, habría sido desconocida. *La tutela de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia. La salvaguardia de estos derechos, aunque se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y objetivos de la Comunidad.*».

Aunque sólo sea de una manera tangencial, en la Sentencia Stauder (que se basa en todo caso en una concepción dualista de la relación entre los dos ordenamientos) el Tribunal de Justicia, para poder determinar el contenido material de los principios generales del Derecho comunitario, recurre a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros», reconociendo, por primera vez, que la tutela de los derechos fundamentales forma parte integrante de aquéllos.

Con la siguiente Sentencia, en el caso Nold<sup>64</sup>, el Tribunal de Justicia, siguiendo el mismo «iter» argumental, completa el recurso a las «tradiciones constitucionales comunes», incorporando los instrumentos internacionales de protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales (a los cuales los Estados miembros se han adherido). Aunque sin citarse expresamente, la referencia es al Convenio Europeo de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, al que el Tribunal de Justicia sólo hace expresa referencia en la siguiente Sentencia Rutilas<sup>65</sup>, y en particular a los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio Europeo, además del artículo 2 del Protocolo núm. 4 del mismo Convenio, cuando asume que determinadas medidas de policía para extranjeros (objeto de la causa) «no puede ir más allá de lo que sea necesario para la satisfacción de tales exigencias en una sociedad democrática».

Seguidamente a esta jurisprudencia comunitaria, en la Sentencia Wachauf<sup>66</sup> se reconoce cómo la integración/incorporación de los derechos

---

<sup>64</sup> De 14 de mayo de 1974, causa 4/73, en *Racc. Uff.* 1974, p. 491. Según el Tribunal de Justicia, «los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya observancia él garantiza. El Tribunal, garantizando la tutela de tales derechos, es tenido a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no podría, por tanto, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de tales Estados. Los Tratados internacionales relativos a la tutela de los derechos del hombre, a los que los Estados miembros se han adherido, pueden a la par proveer elementos que han de ser *tenidos en cuenta* en el ámbito del Derecho comunitario».

<sup>65</sup> De 28 de octubre de 1975, causa 36/75, en *Racc. Uff.* 1975, p. 1219.

<sup>66</sup> De 13 de julio de 1989, causa 5/88, en *Racc. Uff.* 1988, p. 2609, en la que, por parte del Tribunal de Justicia, se reconoce que «los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del derecho cuya observancia garantiza el Tribunal. En tal tarea éste es tenido a seguir las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, de modo que no pueden ser admitidas en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados», a lo que añade el Tribunal que «*los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal no resultan ser prerrogativas absolutas*» (cursiva nuestra), debiendo ser considerados en relación a la función que ellos desarrollan en la sociedad. Es por tanto posible realizar restricciones de dichos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, cuando dichas restricciones respondan efectivamente a la finalidad del interés general perseguido por la Comunidad y no se

fundamentales resulta plenamente conseguida en el ordenamiento comunitario, al menos en el sentido de extenderse, más allá de las instituciones y los actos comunitarios, a la propia normativa de los Estados miembros en realización del Derecho comunitario. Únicamente permanece fuera la normativa nacional carente de toda conexión con el Derecho comunitario, como así es sancionado en la Sentencia Kremzow<sup>67</sup>, subrayándose, en tal sentido, que los derechos fundamentales cuya tutela asegura el Tribunal de Justicia son las «libertades fundamentales pero... en cuanto que instrumentales a los objetivos económicos de los Tratados; es decir, como garantías propias del sistema comunitario»<sup>68</sup>.

No es el momento, en estas páginas, de profundizar en las razones básicas de tal orientación jurisprudencial, teniendo que limitarnos a subrayar (bastante ya) cómo ello acompaña, y de alguna forma se correlaciona, a la afirmación de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario en los ordenamientos nacionales. Una parte de la doctrina, como es conocido, ha buscado en ella una correlación, por así decir «polémica», con los Tribunales Constitucionales nacionales, reenviando, en tal sentido, a las preocupaciones levantadas por la jurisprudencia constitucional alemana (Sentencia Solange I, de 20 de mayo de 1974<sup>69</sup>), al aceptar el control de constitucionalidad sobre el Derecho comunitario en la materia de la protección de los derechos fundamentales.

Con la posterior Sentencia Solange II, de 22 de octubre de 1986<sup>70</sup>, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional alemán declara superados los motivos puestos en la base de la primera orientación jurisprudencial, al haberse elevado la tutela comunitaria de los derechos fundamentales a «niveles equivalentes» a los asegurados por la Ley Fundamental de Bonn: «Si se considera el nivel ya alcanzado por la jurisprudencia del T.J.C.E. no se puede diferir la consideración según la cual, en materia de relaciones normativas entre el Derecho comunitario y las Constituciones de los Estados miembros, cabe que se ocasione una reducción del estándar de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario a un nivel tal que no

---

resuelvan en una intervención desproporcionada e inadmisibles que perjudicase la misma sustancia de tales derechos».

<sup>67</sup> De 29 de mayo de 1997, causa C-299/95, en *Racc. Uff.* 1995, p. I-2695.

<sup>68</sup> Cfr. G. TESAURO, «Il ruolo della Corte di Giustizia ...», op. cit., p. 313; y E. PAGANO, «I diritti fondamentali ...», op. cit., p. 170, especialmente nota 22.

<sup>69</sup> BVerfGE, 37, p. 271, con el comentario de C. AUTEXIER, «L'hétérogénéité du droit communautaire», *Revue int. droit comparé*, 1982, p. 337.

<sup>70</sup> BVerfGE, 73, p. 339, sobre la cual cfr. C. AUTEXIER, «Observations», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. III, 1987, pp. 429 y ss.

quepa hablarse de una protección jurídica apropiada de los derechos fundamentales en el sentido de la Ley Fundamental. De una parte, el T.J.C.E. no lleva a poner los principios generales del derecho comunitario a un nivel más bajo del menor común denominador con respecto de las Constituciones de los Estados miembros... Sucede más bien que lo que se espera es que el T.J.C.E se oriente hacia un desarrollo óptimo del principio de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario. De la otra, la asunción del parámetro normativo constituido por el CEDH, comprendiendo la jurisprudencia ya extensa del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, asegura un estándar mínimo del contenido de la protección de los derechos fundamentales, que satisface en vía de principio las exigencias constitucionales de la LF (385-386)... Considerada tal evolución se tiene que observar cuanto sigue: en tanto que las Comunidades Europeas, y sobre todo la jurisprudencia del T.J.C.E, garantice en vía general una protección eficaz de los derechos fundamentales contra el poder soberano de las Comunidades, según una modalidad que pueda ser considerada sustancialmente igual a la protección de los derechos fundamentales asumida como inderogables por la LF, y en tanto que las mismas garanticen... el contenido sustancial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal no ejercerá el respectivo juicio sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado invocado como fundamento del comportamiento de los tribunales y las autoridades alemanas en el ámbito de la soberanía del RFA y, ya por consiguiente, éste no controlará tal Derecho derivado con referencia a los derechos fundamentales de la LF... (387)».

En la sentencia Maastricht<sup>71</sup>, finalmente, se perfecciona tal orientación jurisprudencial, considerándose el Tribunal Constitucional alemán, en principio, incompetente para sentenciar en materia de protección de derechos fundamentales con relación a actos comunitarios, al amparo de la activación en vía prejudicial ante el Juez comunitario conforme al artículo 234 del TCE, y por tanto asumiendo ya como mera hipótesis abstracta la activación de la anterior orientación en materia de contralímites.

En relación a un derecho fundamental no reconocido por el artículo 12.a de la Ley Fundamental de Bonn, la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y en particular en las fuerzas armadas, con la sentencia Kreil<sup>72</sup>, sin embargo, el Tribunal comu-

---

<sup>71</sup> BVerfGE, Sentencia de 7 de junio de 2000, sobre la que, en una amplia bibliografía, cfr., al menos, I. PERNICE, «Les bananes et les droits fondamentaux: la Cour constitutionnelle allemande fait le point», *Cahier de droit européen*, 2001, pp. 427 y ss.; y F. PALERMO, «La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 1999-2000», *Giur. cost.*, 2001, pp. 3301 y ss.

<sup>72</sup> Caso C-285/1998, de 11 de enero de 2000.

nitario desplaza ulteriormente hacia adelante la frontera comunitaria de los derechos fundamentales, proponiendo el trascendente tema de las relaciones entre primacía del Derecho comunitario y la superioridad de los ordenamientos constitucionales nacionales. Con la interpretación de la Directiva 76/207 CEE, con relación a la prohibición de discriminación en base al sexo en el acceso al trabajo, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la referida disposición comunitaria «impide la aplicación de normas nacionales como las del Derecho alemán que excluyen, en general, a las mujeres de los empleos militares que comporten empleo de armas, y que las autorizan solamente al acceso a los servicios de salud y a las formaciones de música militar». Reconociendo la contradicción entre tal Directiva y el artículo 12.a de la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal asume como inaplicable tal disposición constitucional, impidiendo que la misma pueda venir interpretada como fuente constitucional general de exclusión de las mujeres de los servicios que prevean el empleo de las armas. En realidad, una reflexión sobre tal jurisprudencia conduciría a creer que, en la relación entre el Derecho comunitario y las Constituciones nacionales, la jurisprudencia comunitaria no debe entenderse como limitativa de las tutelas aseguradas a nivel nacional, sino más bien como una «tutela reforzada»<sup>73</sup>, pudiendo concluirse, de este modo, no ciertamente en la dirección de una obligatoriedad (siempre deseable) de la reforma constitucional por parte de específicos ordenamientos constitucionales nacionales, sino más bien en la dirección de un vínculo interpretativo por parte de las jurisprudencias nacionales y en particular las constitucionales.

Con la Sentencia Kreil, resumiendo, el Tribunal comunitario precisa, de manera progresivamente expansiva, sus competencias de control de la aplicación del Derecho europeo, lo cual se explicita con la especificación de niveles de protección absolutamente inderogables de los derechos fundamentales y, por tanto (imitando la formulación del art 19.2 LFB) de su «contenido esencial». Al tiempo, sin embargo, el mismo afirma que la jurisdicción de los Tribunales Constitucionales nacionales será ejercida en una «relación de cooperación» con el Tribunal de Justicia.

Tal reformulación del tema de las relaciones entre las jurisdicciones, constitucionales y la comunitaria, en buena medida, no hace sino reproducir en términos diferentes el anterior problema del potencial conflicto entre

---

<sup>73</sup> Así M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ, «La contribución del Derecho comunitario a la interpretación de los derechos constitucionales: la Sentencia de TJCE de 11 de enero de 2000 (*Kreil*) y el art. 12.a de la Constitución alemana», en M.A. APARICIO, *Derechos constitucionales y formas políticas*, Barcelona, 2000, p. 779.

los Tribunales Constitucionales y el Tribunal comunitario, cuya solución, en el estadio de los ordenamientos en examen, no puede sino afrontarse teniendo presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal (en tema de límites al carácter vinculante de los actos comunitarios no conformes a la ley alemana de aprobación de los Tratados de Maastricht y Ámsterdam) y del Tribunal Constitucional italiano. De otra parte, y prescindiendo en esta sede de afrontar los problemas (incluso relevantes) que conllevan muchas modalidades de las tutelas a nivel europeo en tema de derechos fundamentales (tanto la Convención de Roma, como los Tratados comunitarios), no puede sino subrayarse cómo, justo a partir de tal jurisprudencia (Kreil), en particular, todos los límites del recurso apelan a las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», cuando, como en el caso en examen, es claro un explícito contraste entre disposiciones (y no sólo entre tradiciones) constitucionales nacionales y de Derecho comunitario, como en realidad se trata<sup>74</sup>. Tal consideración constituye, al tiempo, un subrayado ulterior de la limitada transparencia de la jurisprudencia comunitaria en referencia a los principios generales del Derecho comunitario<sup>75</sup>. Las mismas modalidades son seguidas por el Tribunal comunitario cuando pone las premisas para asegurar su papel de garante de los derechos, conforme son establecidos en el Convenio de Roma, aunque limitadamente a normas conexas con el Derecho comunitario<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. E. DENNINGER, «I diritti fondamentali nel quadro dell'Unione Europea», en *Osservatorio costituzionale Luiss*; p. 9, quien, a propósito de los derechos fundamentales europeos, afirma que «la cultura europea de los derechos fundamentales no hará ningún progreso sustancial, y por lo tanto no habrá ningún catálogo de derechos fundamentales sustanciales y practicables, si no son desarrolladas al mismo tiempo y de manera democrática las instituciones legislativas; o dicho en términos más abstractos, sin la conexión intrínseca entre Estado de derecho y democracia, entre autonomía política y autonomía privada.... Esta correlación recíproca tiene que ser reforzada y también ampliada a nivel supranacional de la Comunidad europea, pues de otro modo la política de los derechos fundamentales quedará como mera retórica idealista, o vendrá a desnaturalizarse en argumentaciones burocráticas».

<sup>75</sup> Cuya técnica jurisdiccional resuelve, advertimos, de modo esencial, la «función de volver menos transparente, con el empleo de un parámetro que puede parecer objetivo, el papel creativo de reglas jurídicas que el Tribunal de Justicia desarrolla» (Así G. GAJA, «Principi del diritto ...», op. cit., p. 543; y A. BALDASSARRE, «La Carta europea dei diritti ...», op. cit., p. 3).

<sup>76</sup> Y así que se pueda afirma, «incluso sin reconocer una eficacia directa en el ordenamiento comunitario a las disposiciones mencionadas, cómo los Tratados y las tradiciones constitucionales comunes son determinantes para la definición de los principios generales del Derecho comunitario» (Cfr. R. FOGLIA, «Corte di Giustizia, giudici nazionali e politiche sociali», *Questione giustizia*, 1999, nº 3, p. 520; cfr. asimismo Sentencia 159/1990, *Grogan*, en *Racc. Uff.* 1991, I, p. 4685).

Una consideración aparte se debe ofrecer a propósito del papel, explícitamente conferido por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, de los tratados internacionales en tanto que parámetro utilizado por el Tribunal comunitario en la protección de los derechos fundamentales, y en particular por el Convenio de Roma, en el que (arts. 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2) se sanciona la posibilidad de restricción de la tutela de los derechos fundamentales, si bien con los únicos límites del respeto a los principios de legalidad y de necesidad «en» una sociedad democrática<sup>77</sup>.

Dicha cuestión debe ser afrontada con relación a la hipótesis que supone una discordancia en la tutela de los derechos entre el ordenamiento comunitario y los derechos tutelados por el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, como, y sin embargo, ya se ha sido observado a propósito de las mismas «tradiciones constitucionales comunes»<sup>78</sup>, aunque quepa apreciar, al estado actual, cómo entre los sistemas judiciales comunitarios existe un «modus operandi» a tenor del cual los Tribunales Constitucionales y los órganos del Tribunal de los Derechos del Hombre... (dan crédito (al Tribunal de Justicia) y a la capacidad de éste de asegurar una tutela satisfactoria de los derechos fundamentales»<sup>79</sup>.

No obstante, los problemas de coordinación y armonización jurisprudencial entre tales Tribunales quedan abiertos, incluyendo la cuestión de la llamada «protección equivalente» concedida por el Juez de Estrasburgo<sup>80</sup>.

Algunos años después de la conocida Sentencia Matthews (de 18 de febrero de 1999), aunque fuera con una decisión criticada en razón a la

---

<sup>77</sup> Cfr. A. RIZZO, «L'Unione Europea e la Carta dei diritti fondamentali. Un rapporto ancora da definire», *La Comunità internazionale*, 2001, n° 1, p. 112.

<sup>78</sup> Como, entre otras, se observa en la conocida Sentencia Matthews c/Reino Unido, de 18 de febrero de 1999, del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, el cual asume sancionar el respeto de los derechos garantizado por el CEDH con relación a los actos internos en realización del Derecho comunitario (en el marco del Derecho británico), incluso después de haber observado cómo «los actos de las Comunidades europeas no pueden ser impugnados como tales ante el Tribunal, dado que la Comunidad en cuanto tal no es parte contrayente». Cfr. G. DEMURO, «I rapporti fra Corte di Giustizia ...», op. cit. pp. 18 y ss. Al respecto, también, cfr., entre otros, L.S. ROSSI (ed.), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002 (y en especial la contribución de B. CONFORTI, «La Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la Convenzione europea dei diritti umani», p. 13).

<sup>79</sup> Cfr. E. PAGANO, «I diritti fondamentali ...», op. cit., p. 180; y G. GAJA, «Gli atti comunitari dinanzi alla Commissione dei diritti dell'uomo: di nuovo Solange?», *Riv. dir. int.*, 1990, p. 388.

<sup>80</sup> Para un preliminar comentario de tal jurisprudencia, cfr. G. REPETTO, «La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al *solange* non c'è mai fine», en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it> (27/07/2005).

asunción del parámetro del Convenio como mero estándar mínimo común inderogable en la protección de los derechos, la afirmación del principio de la «protección equivalente» se ve revalidada por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre en la más reciente Sentencia *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret anonim sirketi/Irlanda* (núm. rec. 45036/98, de 30 de junio de 2005), con relación a la violación del artículo 1 del Protocolo complementario del Convenio Europeo de Derechos Humanos con ocasión de ciertos actos nacionales adoptados en aplicación de normas comunitarias. En la reconstrucción del parámetro comunitario, el Juez de Estrasburgo vuelve a referirse, entre otras, a la conocida jurisprudencia comunitaria sobre tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (conjuntamente al art. 52.3 de la Carta de Niza y el TCE, de 29 de octubre de 2004), además de los artículos 5 y 189 del Tratado de la Unión Europea. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre recuerda cómo, a partir de la Sentencia *Francovich c/Italia*, el Tribunal comunitario ha ampliado la responsabilidad del Estado al conjunto de actos y omisiones de las autoridades nacionales (tanto legislativas, como ejecutivas y judiciales) consideradas en violación de Derecho comunitario, a condición de que sean satisfechas las condiciones de responsabilidad» (§ 95). Debiendo ser interpretado el Convenio de modo que los Estados puedan respetar sus obligaciones internacionales, y de forma que no sea obstaculizada la intensificación de la cooperación internacional, para el Juez de Estrasburgo el único problema por solucionar al respecto es el de la naturaleza discrecional, o no, de la obligación asumida por los Estados miembros. Es así que, sin duda, para el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre no supone contradicción con el «Convenio la adhesión por un Estado a una organización internacional (en la especie de la CEE) en la cual sea requisito, para que asuma otras obligaciones, la condición de que en dicha organización los Derechos del Hombre reciban una protección equivalente a la establecida en el Convenio» (§108). Un principio, este último, que ha sido recordado por el propio Tribunal (ya hecho valer en la Sentencia *M. and Cía. c./République fédérale de Allemagne*, núm. 13258/87, de 9 de febrero de 1990), y confirmado en el caso *Karl Eckart Heinz c/Etats contractants également Parties à el Convention sur los brevet européen* (núm. 21090/92, del 10 de enero de 1994). El Tribunal Europeo de Derechos del Hombre ha establecido, así, que las Partes contrayentes son responsables, conforme al artículo 1 del Convenio, de todos los actos y las omisiones de sus órganos, tanto si los mismos derivan del Derecho interno como si se basan en la necesidad de cumplir obligaciones jurídicas internacionales. Según el Tribunal, en tal sentido, «una medida del Estado adoptada en ejecución de tales obligacio-

nes debe entenderse justificada a condición de que sea verificado que la organización (internacional) en cuestión reconozca a los derechos fundamentales (asumiendo bajo tal noción, al tiempo, las garantías materiales y procesales) una protección al menos equivalente a la asegurada por el Convenio» (§155). En tales condiciones, el Tribunal asume el poder considerar que «la protección de los derechos fundamentales asegurada por el Derecho comunitario es, y fue en la época de los hechos (de la causa), «equivalente» a la asegurada por el conjunto del Convenio». En la Sentencia Bosphorus hallamos, por tanto, «y por primera vez», una clara orientación del Juez de Estrasburgo para «apropiarse del control sobre actos nacionales en realización del Derecho comunitario».

Ante la falta de una solución que resuelva la forma de la «colocación del CEDH en el vértice del sistema de fuentes», con todas las implicaciones problemáticas levantadas por el propio Tribunal comunitario, queda quizás abierta como única vía (bien subrayada por la doctrina<sup>81</sup>) la armonización jurisprudencial de los Tribunales nacionales y los dos Tribunales europeos, gracias a una «uniformis interpretatio» de las disposiciones del Convenio.

Es sobre esta base a partir de la cual tendrá aún que basarse el «Derecho común de las libertades» en Europa, una base que parece plenamente seguida por la misma «Carta de los Derechos», la cual prevé expresamente cómo, «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán similares a los que les confiere dicho Convenio, a menos que la presente Carta no garantice una protección más elevada o más amplia» (art. 50.3); y así, que «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en un sentido que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la

---

<sup>81</sup> Cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, p. 132. En la doctrina de lengua francesa, posiciones parecidas han sido expresadas por F. BENOÎT-ROHMER («Valeurs et Droits fondamentaux dans la Constitution», *Révue trimestrielle de droit européen*, 2005, pp. 261 y ss.), según el cual «...un système cohérent de de protection des droits de l'homme ... ne peut se réaliser que si la Convention européenne des droits de l'homme apparaît comme le standard minimal commun aux démocraties européennes. Dès lors, il faut éviter (que) deux systèmes des protection ... puissent se trouver en concurrence et donner lieu à des divergences de jurisprudence, et s'assure que le standard minimal européen de la Convénation européenne des droits de l'homme soit observé à l'égard de tout individu placé sous la juridiction de l'Union» (p. 280).

presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta» (art. 53).

Las soluciones acogidas por los ordenamientos nacionales, que asignan al Convenio Europeo de Derechos del Hombre la fuerza propia de una ley ordinaria, imponen, por tanto, a nivel nacional, y en la dirección de la valorización del Convenio Europeo, un recurso, por parte de los jueces, en la práctica de una «interpretación constructiva», en base a la cual el criterio de la «lex posterior» no puede ser aplicada en detrimento de las garantías ofrecidas por el CEDH, si no hay en la propia «lex posterior» una expresa mención de la voluntad de perseguir efectos, también en contraste con el CEDH, sumiendo al Estado italiano en las consecuencias consiguientes en el plano internacional por violación del Convenio»<sup>82</sup>.

Sin embargo, en parte, tal orientación (jurisprudencial y doctrinal, al tiempo) se muestra convincente cuando se medita en lo que, con buena razón, Ruggeri ahora define como el «punctum crucis» de la cuestión en examen; es decir, en la cuestión de saber si, en la dinámica interordenamental, el Derecho comunitario encuentra en todo caso y siempre un límite a su primacía en presencia de jueces constitucionales, tanto cuando éstos se coloquen en garantía de los principios y los derechos fundamentales nacionales, como cuando garanticen en general las funciones ejercidas por el Tribunal Constitucional italiano conforme al artículo 137 de la Constitución italiana, que en esta óptica debería asumir la naturaleza de auténtico principio supremo dotado de una fuerza «supraconstitucional»<sup>83</sup>.

Razones sistemáticas deberían llevar a asumir que, con carácter general, el juicio constitucional fuera llamado a desarrollar una parecida función de cierre respecto al proceso de integración comunitaria; y por tanto, que el Derecho comunitario no pueda sino sujetarse ante tal juicio expresivo de la autonomía constitucional del ordenamiento interno. Ciertamente, el juicio constitucional ha de tenerse en cuenta en la concreta dinámica de la interpretación, con respecto a la cual el mismo juicio, sobre la base de los diversos parámetros invocados por el juez a quo, puede dar lugar a distintos resultados en razón a los parámetros constitucionales invocados en el caso concreto. Por tanto, no puede negarse que, «Corte locuta», la solución de las antinomias, incluidas las que eventualmente se planteen con el ordenamiento comunitario, deba estimarse solucionada.

---

<sup>82</sup> Cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune ...* op. cit., p. 134; y L. CASSETTI, «Principi supremi e diritti fondamentali nel Trattato di Amsterdam», *Gazzetta Giuridica*, 1999, n° 36, p. 8.

<sup>83</sup> Cfr. A. RUGGERI, «Le pronunzie della Corte costituzionale ...», op. cit.

Una vez más, pues, la cuestión que se presenta, y que aparece sin respuestas, es la relativa a la búsqueda de soluciones normativas más adecuadas a la reconciliación de los dos ordenamientos, en tensión dinámica, en un diálogo entre los Tribunales y la cuestión prejudicial; en espera de un examen general de las fuentes de legitimación constitucional del Derecho comunitario, quedan por el momento formas necesarias y probablemente ineludibles. De este modo, y como bien subraya Ruggeri relejendo la relación entre los dos Tribunales a la luz de la positivización del mutuo reconocimiento de los dos ordenamientos (nacionales y comunitario) por obra del artículo I-5 del Tratado constitucional, en «los conflictos entre los Tribunales siempre posibles... ningún poder exclusivo, de interpretación «auténtica», caber ser reconocido en beneficio de uno u otro juez, sino más bien se ha de admitir la eventualidad de una libre comparación entre opciones reconstructivas obradas en el seno de los dos ordenamientos, en el curso de una partida «aparentemente» abierta a cualquier posible resultado»<sup>84</sup>.

Así, el proceso de la integración comunitaria queda abierto a una laboriosa práctica, dirigida a «proporcionar la formación de auténticas costumbres interpretativas, idóneas para consolidarse como «directrices» estables de producción-interpretación jurídica, a tenor de las cuales los enunciados constitucionales, tanto en el ámbito europeo como incluso en el nacional, se vuelven los unos hacia los otros nutriéndose y renovándose recíprocamente en su sentido (de modo circular, advierto), y tendiendo a una más amplia expansión y realización, al servicio de los derechos de los individuos y los grupos y de su máxima satisfacción conforme a unas condiciones históricamente dadas. O lo que es igual, que tanto en uno como en el otro ordenamiento son llamadas a tomar cuerpo las prácticas de «interpretación doblemente conforme»... las cuales metódicamente y teóricamente se inspiran en el principio de la mutua «apertura», del recíproco «fundamento». (En tal sentido)... lo dispuesto en el artículo I-5, en su más densa y cualificada expresión, da una firme e inequívoca indicación en sostén de semejante dirección metódico-teórica, naturalmente llamado a convertirse en Derecho viviente «interconstitucional»... La hipótesis, pues, según la cual las normas de la Unión (quizás, incluso, principios fundamentales de la misma) pueden resultar incompatibles con los «contralímites» (de hacerse valer la cláusula de salvaguardia de la identidad constitucional recogida en el art. I-5), no puede, por excesivo optimismo o desarmada ingenuidad, ser descartada completamente.

---

<sup>84</sup> Op. cit., p. 6.

Y es entonces nuevamente que haya que preguntarse qué técnicas para el restablecimiento de la armonía en las relaciones entre los ordenamientos pueden ser puestas en práctica; técnicas que se inspiran pues en la cláusula misma, y que con ella se muestran, en sus concretos desarrollos prácticos, plenamente coherentes. Es evidente, en efecto, cómo no nos podemos quedar con la única e insatisfactoria conclusión anteriormente alcanzada, según la cual la comprobación de la violación de los «contralímites» (y por ello, incluso, de la cláusula del Tratado constitucional que hace a ellos referencia) tenga lugar ahora en un primer o segundo momento, o en éste o en otro ordenamiento. Se trata, así, de preguntarse «quién» y con qué «efectos» la comprobación misma sea cumplida, en razón de la realizada europeización de los propios «contralímites», y qué repuestas por tanto puedan seguida y naturalmente desprenderse»<sup>85</sup>.

El Tribunal Constitucional, como se ha observado, se reconoce plenamente competente (aunque se muestre por el momento verdadero sólo en procesos en vía principal, no cabe realmente imaginar vueltas radicales con referencia a la anterior jurisprudencia constitucional, a partir de la conocida Sentencia Frontini y, correspondientemente del lado comunitario, a partir de la Sentencia Simmenthal<sup>86</sup>) para hacer valer ante sí el juicio

---

<sup>85</sup> Op. cit., pp. 7-8.

<sup>86</sup> C-106/77, en la que se puede leer «(2) La aplicabilidad directa del Derecho comunitario significa que sus normas tienen que ejercitar plenamente sus efectos, de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y por toda la duración de su validez. Las disposiciones directamente aplicables son un manantial inmediato de derechos y obligaciones para todos a los que ellas conciernen, sean éstos los Estados miembros o bien los individuos, sujetos de relaciones jurídicas disciplinadas por el Derecho comunitario. Este efecto también concierne a todos los jueces que, afectos en el ámbito de su competencia, tienen la tarea, en cuantos órganos de un Estado miembro, de tutelar los derechos atribuidos a los individuos por el Derecho comunitario. (3) A tenor del principio de la preeminencia del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones, en caso de que sean directamente aplicables, tienen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interior de los Estados miembros, no sólo hacer 'ipso jure' inaplicable, por el hecho mismo de la su entrada en vigor, cualesquiera disposición contraria de la legislación nacional preexistente, sino también (en cuantas dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango superior con respecto de las normas internas, del ordenamiento jurídico vigente en el territorio de los individuales Estados miembros) de impedir la válida formación de nuevos actos legislativos nacionales, en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias... (4) El juez nacional, encargado de aplicar, en el ámbito de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de tales normas, no aplicando consecuentemente, por propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, también posterior, sin tener que esperar a la previa eliminación en vía legislativa o a través de cualquier otro procedimiento constitucional».

En el mismo filón jurisprudencial, se debe también atender a la Sentencia comunitaria *F.lli Costanzo*, de 22 de junio de 1989 (C-103/88), que también impone a las Administraciones

entre el vínculo comunitario y el «contralímite» en protección de los principios y los derechos fundamentales internos; con lo que puede ya decirse que estamos en presencia de una reconstitución dentro del complejo hasta aquí recorrido por el Tribunal<sup>87</sup>. Como ha sido así bien subrayado, «a buen ver la legitimidad comunitaria absorbe la legitimidad constitucional»<sup>88</sup>, y el Tribunal ahora lo reconoce expresamente.

Por otra parte, y en breve, el nuevo reparto de competencias entre el Estado y las regiones en Italia, y la misma legitimidad de tales fuentes, además de someterse al límite largamente establecido conforme a un quinquenio de jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza eminentemente «transversal» de algunas materias/funciones de competencia exclusiva del Estado (nivel esencial de prestaciones en materia de derechos civiles y sociales, tutela de la competencia, equilibrio financiero, etcétera), se ve ahora sujeto también con respeto al límite comunitario; así se muestra en una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional italiano<sup>89</sup>. Con tal pronunciamiento, el Tribunal Constitucional «no ha podido prescindir de la idoneidad del Derecho comunitario para prevalecer sobre el reparto interno de las competencias, y por lo tanto para absorber problemas de constitucionalidad»<sup>90</sup>. Queda la duda de si una parecida orientación del Tribunal se limitará únicamente a las impugnaciones de leyes en vía principal, o bien se extenderá también al juicio en vía incidental; y si en tal ámbito podrá darse una superación de aquella jurisprudencia (Simmenthal) que ha rehuido siempre de la declaración de inconstitucionalidad de leyes por violación del Derecho comunitario, debiendo la mismas, a parecer del juez ordinario, conocer su mera desaplicación.

Si dicha orientación fuera así seguida, podrá decirse que, después de más que treinta años de constante jurisprudencia, la lógica dualística que

---

públicas, con referencia a una norma auto-aplicativa, la directa aplicabilidad del Derecho comunitario con la consiguiente no aplicación de normas nacionales contrarias «(2). en todos los casos en los que alguna disposición de una Directiva aparezca, desde el punto de vista material, incondicional e suficientemente precisa, los individuos pueden hacer valer ante los jueces nacionales respecto a sus conflictos con el Estado, tanto si éste no ha trasladado en tiempo la norma en el Derecho nacional, como si la ha trasladado de modo inadecuado. En caso de que existan los presupuestos necesarios para que la Directiva pueda hacerse valer por los individuos ante los jueces nacionales, todos los órganos de la Administración pública, comprendidos los entes territoriales como los ayuntamientos, han de aplicar la Directiva misma».

<sup>87</sup> Cfr. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; y R. CALVANO, «La Corte costituzionale 1fa i conti' per la prima volta ...», op. cit.

<sup>88</sup> Cfr. A. CELOTTO, «La Corte costituzionale finalmente applica ...», op. cit.

<sup>89</sup> Sentencia 405/2005.

<sup>90</sup> Op. cit.

presidió la relación entre los ordenamientos y las relaciones entre los Tribunales podrá encontrar una definitiva sistematización en un innovado marco monístico, capaz, sin embargo, de reconocer al Tribunal Constitucional el juicio del «contralímite», al menos hasta que cambie las formas de legitimación constitucional del ordenamiento europeo.

El problema de la no aplicabilidad/invalidad del Derecho interno con respecto del comunitario, no obstante, y aún después de la recién invocada sentencia del Tribunal Constitucional italiano, continúa abierta conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Casación<sup>91</sup>.

De manera diversa a la apertura reconocida por la doctrina a las recientes orientaciones del Tribunal Constitucional, y en sustancial continuidad con las anteriores lecturas dualísticas en la relación entre los dos ordenamientos, el Tribunal de Casación ha asumido que el artículo 117.1, párrafo primero, de la Constitución italiana no hace sino constitucionalizar un «orden determinado» de relaciones entre ordenamientos, conforme al cual «los vínculos consiguientes del ordenamiento comunitario» (según art. 117 Const.) quedarían referidos únicamente «a las «sedes materiae» y así a la relación entre ordenamientos y no sin embargo a las relaciones entre las diversas fuentes». Una lectura, esta última, más que discutible, cuando se refleja sobre los efectos legitimantes del sistema de fuentes, y por tanto sobre la primacía del Derecho comunitario sobre el interno conforme (en el ordenamiento positivo) el artículo 11 de la Constitución, y plenamente reconocidos por una jurisprudencia constitucional y comunitaria sin excepciones relevantes.

En tal óptica, debería seguirse, lógicamente, que la cuestión de las relaciones entre los ordenamientos tenga que seguir leyéndose desde el prisma de la invalidez de la ley interna, cuando la misma se ponga en contradicción con los principios y las disposiciones comunitarias. Tal fallida conformidad constituiría, sin duda, un vicio de legitimidad constitucional en el sentido y los efectos de la operatividad del fundamento del artículo 11 de la Constitución.

La fallida opción por parte del Tribunal Constitucional italiano de valer-se de la cuestión prejudicial, puede también localizarse en el origen de importantes cuestiones interpretativas con relación a la jurisprudencia reciente de otras magistraturas supremas dirigidas a asegurar a éstas en el juicio de las garantías de los «contralímites». Se trata, en especial, de un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado<sup>92</sup>, particularmente impor-

---

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal de Casación núm. 17564, de 10 de diciembre de 2002.

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sección V, Dictamen 4207/2005.

tante por varias razones: la primera, porque el supremo juez administrativo se pronuncia a la luz de una sentencia adicional del Tribunal Constitucional<sup>93</sup> invocando, efectivamente, como parámetro los artículos 3 y 32 (protección del derecho fundamental a la salud) en la censura de la ley objeto de recurso constitucional considerada en violación de las referidas disposiciones constitucionales (Ley 362/1991); la segunda, en razón de la frustrada desaplicación de la norma interna censurada por contradecir Derecho comunitario, en razón a que no se habría tratado de una disciplina comunitaria directamente aplicable, sino sólo de un conflicto de una ley nacional con los principios generales del Derecho comunitario (en materia de no discriminación con relación a la nacionalidad, ex art. 12 TCE)<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 275/2003.

<sup>94</sup> Una cuestión particularmente compleja, en relación a la discutible retroactividad de una norma penal más favorable en contraste con una Directiva de la UE, se presenta con referencia a una reciente Sentencia del Tribunal comunitario (caso *Niselli*, C-457/02, de 11 de noviembre), en la cual se asume por parte del Juez comunitario que sus poderes de interpretar el Derecho comunitario no conocen límites o excepciones, de manera que donde sean previstas sanciones de cláusulas penal y sobre todo donde se prevé que el principio nacional (italiano) de la irretroactividad de la norma penal, no le inhibe en la valoración de la idoneidad de sanciones dispuestas por el legislador nacional; y sobre todo no le inhibe afirmar de manera clara la regla según la cual «siempre y en todo caso» la norma penal más favorable tenga que ser aplicable al acusado (incluso por actos realizados antes de la entrada en vigor).

La cuestión ha llevado a elevar por parte de un juez *a quo* (Tribunal de Terni, de 2 de febrero de 2005) una cuestión incidental de legitimidad constitucional, en la que se pide «la declaración de ilegitimidad constitucional de una norma sucesiva, la cual tiende a restringir [de la norma incriminatoria] el ámbito de aplicación, en contradicción con las normas constitucionales que imponen la primacía del Derecho comunitario», recordando que un «análogo problema» ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional «cuando varias veces ha censurado el ejercicio de la potestad legislativa de las Regiones ejercida en contraste con una ley estatal», y «nadie jamás ha dudado de la legitimidad de semejante pronunciamiento, bajo el respeto del artículo 25 Const., ya que la norma penal incriminatoria (reducida en su esfera de aplicación por la disposición regional) preexistía al hecho histórico y por consiguiente la anulación de la segunda no podía lesionar el principio de irretroactividad», pues «la anulación de la norma interna tendría, así, como efecto el de restablecer la esfera de aplicación de la preexistente disposición que había correctamente recibido la Directiva CEE».

Es razonable preguntarse si a la luz de tal evolución jurisprudencial comunitaria, cabe todavía sostener la jurisprudencia dualística de los Tribunales Constitucionales nacionales, conforme es afirmada en la referida Sentencia *Granital*. Por el momento, el Tribunal Constitucional (Auto 165/2004) parece orientado en el sentido del ahondamiento de la cuestión, esperando su decisión procesal de reenviar a un nuevo papel las cuestiones elevadas, «debido a la sustancial coincidencia entre la pregunta de constitucionalidad, pertinente a lo afirmado en contraste con las normas impugnadas con el Derecho comunitario y lo que constituye objeto de las... causas establecidas ante el Tribunal de Justicia». Es razonable interrogarse, como ya se ha hecho, si no se trata de un precedente que «impide un *revirement* de la jurisprudencia constitucional, hasta a ahora firme al excluir que la Asesoría pueda obrar en reenvío, en el sentido del art. 234 TCE».

En otras palabras, el Consejo de Estado prescinde, «d'emblai», de la jurisprudencia según la cual se impone al juez nacional (como a los otros órganos competentes que han de dar realización del Derecho y la jurisprudencia comunitaria) resolver las antinomias interpretativas sobre la base de una «interpretación conforme al Derecho comunitario»<sup>95</sup>, del que forman parte tanto el Derecho primario, como la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (como éste viene afirmando desde los casos CILFTI<sup>96</sup>, Sanz de Laera<sup>97</sup>, Ospelt<sup>98</sup>, Reyners<sup>99</sup>, Comisión/Francia<sup>100</sup> en adelante). Pero es más, pues el Consejo de Estado se declara, al tiempo, incompetente para promover la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, en tanto que «la matriz constitucional» de la disposición interna, consecuencia de la sentencia interpretativa de acogida, encuentra la «ratio» en el marco de la jurisprudencia constitucional en materia de «contralímites».

---

Para un primer análisis de tal evolución cfr. A. BORZI, «Interpretazione autentica, disapplicazione e giudizio di costituzionalità in una vicenda di contrasto tra diritto interno e ordinamento comunitario. A proposito della sentenza della Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, Causa C-457/02, Niselli», en <http://www.federalismi.it> (nº 12/2005).

Otra reciente Sentencia puede igualmente invocarse en el tema de las relaciones entre el Derecho interno y las decisiones marco, adoptadas en el ámbito del tercer pilar de la UE; se trata del conocido caso Pupino (C-105/03), sobre el cual cfr. dos comentarios a cargo de R. CALVANO, «Il caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario», en <http://www.associazionedeicstituzionalisti.it> (13 de febrero de 2006). La cuestión presenta un particular interés desde el perfil afrontado en este trabajo, en razón a la consideración según la cual el Tribunal comunitario, en una decisión interpretativa elevada sobre un reenvío prejudicial de un Tribunal nacional (Firenze), adopta una lectura en la que se pone en evidencia la contradicción con los principios garantistas del ordenamiento procesal penal italiano. La cuestión formal, como es conocido, se refería a la obligación de interpretar el Derecho interno conforme a las decisiones marco previstas por el art. 34.2.b del TUE, a lo que, *expressis verbis*, el TUE prevé que tales decisiones marco no tengan eficacia directa, sino únicamente la obligación de resultado. El Tribunal comunitario, de manera pretoriana, ha resuelto que en los conflictos con dichas decisiones marco debe reconocerse el principio de interpretación conforme (ya, caso *Marleasing*, C-106/89, de 1 de noviembre de 1990), si bien añade que tal interpretación deberá de todos modos efectuarse en el respeto de los principios del ordenamiento nacional y, por tanto, no podrá justificarse una interpretación *contra legem*. Un nuevo obstáculo viene de esta forma a añadirse al proceso de integración comunitaria por vía jurisprudencial. Como ha sido bien subrayado, el Tribunal comunitario no se limita a motivaciones de carácter jurídico, sino que se extiende a los mismos objetivos de la UE, aunque en una fase de evidentes dificultades: «la UE debe continuar su camino y debe tutelar los intereses del «pueblo» aunque en momentos de dificultad política» (así, V. Di COMITE, en un comentario de la Sentencia para el *forum di quaderni costituzionali*, 2006).

<sup>95</sup> Tribunal de Justicia, Sentencia *Marleasing*, causa C-106/89.

<sup>96</sup> Tribunal de Justicia, causa C-283/81.

<sup>97</sup> Tribunal de Justicia, causa C-163/94.

<sup>98</sup> Tribunal de Justicia, causa C-451/01.

<sup>99</sup> Tribunal de Justicia, causa C-2/74.

<sup>100</sup> Tribunal de Justicia, causa C-270/83.

Como se puede observar, estamos así en presencia de una concreta operatividad de la teoría de los «contralímites» en el mismo ámbito jurisdiccional (ordinario) y administrativo, expresión quizás de la reacción nacional ante el proceso de integración europea tras los dos referéndum contrarios a la ratificación del Tratado (ya comentados).

Sin embargo, se considera que tal jurisprudencia, salvo en lo observado, se entiende más o menos fundada con referencia al parámetro de la Carta de Niza (rebautizada, impropriadamente, como Tratado de Niza)<sup>101</sup>.

Pero queda igualmente confirmado que tal dirección «resistiva», en razón del llamado rechazo a valerse de la cuestión prejudicial ante el Tribunal comunitario, ha terminado por alejarse de la propia jurisprudencia del Juez comunitario; y es que éste, desde el caso ERT en adelante, parece dar cuenta de las razones opuestas por los ordenamientos internos con relación a los «contralímites», al afirmar que los derechos fundamentales comunitarios forman parte de los principios generales comunitarios, y al respeto de los cuales él mismo se propone asegurar su garantía sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes en los Estados miembros y que, en tal óptica, «no puede ser legítima ninguna medida incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y tutelados en las constituciones de dichos Estados»<sup>102</sup>.

Si la temática de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el nacional ha sido hasta aquí analizada a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre los llamados «contralímites», hace falta ahora dirigir la atención a la otra vertiente: la de la jurisprudencia y la del Derecho derivado comunitario, como se ha hecho ya referencia, pero sobre lo que conviene volver para un examen más profundo. Pero no antes, sin embargo, de haber recordado cómo el modo de proceder de las instituciones comunitarias parece moverse, recientemente, en una óptica de evidente forzamiento de la relación de integración entre los dos ordenamientos (como bien ha sido observado, al respecto<sup>103</sup>), con relación a un discutible

---

<sup>101</sup> En una valoración netamente crítica, cfr. A. RUGGERI, «Le pronunzie della Corte costituzionale come 'controlimiti' alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario?, (A margine di Cons. St., sez. V, nº. 4207 del 2005)», en *forum di Quaderni costituzionali*, 2005; O. POLLICINO, «Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato», en *www.forumcostituzionale.it*, 2005; y también de este último autor, cfr. «Principio di tolleranza costituzionale tra self restraint e judicial activism della Corte di Giustizia», en *Atti Ass. dir. pub. comp. ed eur.* (Università di Teramo, 27-28 de junio 2003), R. Orrù y L. Sciannella (coord.), Torino, 2004.

<sup>102</sup> Cfr. Sentencia. ERT, C-260/89, en Racc. I-1295.

<sup>103</sup> Cfr. N. ZANON, «Decisioni della Commissione europea, regolamenti comunitari e indipendenza funzionale del giudice italiano: se discutessimo un po' di 'controlimiti'»? en *www.forumcostituzionale.it*; y A. CELOTTO, «Una nuova ottica dei 'controlimiti nel TCE?», en *www.forumcostituzionale.it*.

reglamento comunitario, en materia de prohibición por parte de las jurisdicciones nacionales de tomar decisiones contrarias a una decisión adoptada por la Comisión<sup>104</sup> en materia de ayudas estatales. Una normativa comunitaria (esta última) que, incluso apareciendo a continuación de una destacable orientación del Juez comunitario<sup>105</sup>, e incluso siendo confirmada por el Tribunal Supremo italiano<sup>106</sup>, respecto a la no judiciabilidad por parte del mismo juez nacional de la ilegitimidad de ayudas del Estado verificadas por la Comisión (conforme al art. 88 §2 del TCE), plantea más de una duda con relación a la «limitación» de un concreto juez en su poder/deber de valorar, en un caso específico, la conformidad al Derecho comunitario de la disposición nacional en cuestión; y más, cuando se refleja sobre la dudosa eficacia directa y prevalente de las decisiones de la Comisión. En buen sentido, hasta los «contralímites» que incluso son meros «tigres de papel» hallan un nuevo espacio, demostrando ser algo más que «veleidosos» o «inútiles»<sup>107</sup>.

## 5. LA «PRIMAUTÉ» COMUNITARIA Y LAS IDENTIDADES CONSTITUCIONALES NACIONALES (SEGÚN LOS ARTS. I-5 Y I-6 DEL TCE)

Nuevos e importantes argumentos para tal nueva apertura de horizontes vienen de las disposiciones de los artículos I-5 y I-6 del Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa, conforme a los cuales, respectivamente: «la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos...»; y «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Estas dos disposiciones acogidas en el Tratado constitucional, que (podríamos decir) resumen y sancionan las relaciones entre los dos ordenamientos, llevan a asumir (como ya se ha hecho) cómo, en la dinámica de las relaciones entre la «primauté» y los contralímites, no cabe hoy asumir ya una tensión en oposición, sino una

---

<sup>104</sup> Reglamento CE 16.12.2002, nº 1/2003

<sup>105</sup> Tribunal de Justicia., C-249/85.

<sup>106</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 17564/2002.

<sup>107</sup> Cfr. M. CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali», en *Giornata di studio in ricordo al Alberto Predieri. Sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'UE* (Firenze, 18 de febrero de 2005).

necesaria coexistencia, diría «templada», en palabras de Gustavo Zagrebelsky<sup>108</sup>.

El sistema constitucional europeo resultante de la incorporación de la Carta de Niza a nivel interno, como auténtico «Bill of rights», lleva a evolucionar dicho ordenamiento con respecto a sus misiones originarias, viéndose ahora incluido entre sus tareas la de garantizar los derechos fundamentales, «in unum» con las persistentes garantías por asegurar el mercado común europeo. La soberanía nacional, y con ella las garantías ya dirigidas a la tutela de los derechos fundamentales, no debe ya consentir más valoraciones inquietadas por el proceso ulterior de integración, desde el momento en que los individuos se ven garantizados en una lógica «multilevel» que asigna a las instituciones europeas, y sobre todo al Juez comunitario, la tarea de asegurar la máxima garantía de tales derechos, «in unum» con el vínculo a la interpretación de los derechos del hombre y las libertades fundamentales en su sentido más favorable ahora positivizado en el artículo II-113 del Tratado constitucional.

Los mismos jueces nacionales, tanto constitucionales como ordinarios, contarán ahora con un nuevo parámetro para proceder a la desaplicación de la norma comunitaria en favor de la constitucional nacional estimada más favorable, «en una aplicación «pro individuo» del «standard» de la tutela comunitaria o nacional que sea»<sup>109</sup>.

Todo lo contrario que asumir una naturaleza «veleidosa» de los «contralímites», como algunos incluso han argumentado, a la luz del Tratado constitucional los «contralímites» del Tribunal Constitucional hallan un nuevo y más amplio horizonte, dinamizado por la óptica de una integración comunitaria ahora enriquecida por una Carta de derechos idónea (mucho más de lo que fuera la primitiva jurisprudencia comunitaria) para ser garante de un ulterior nivel de garantía de los derechos, «in unum» con los «standard» más elevados reconocidos a los mismos (art. II-113 TCE) sea por las Constituciones nacionales, como por los Tratados internacionales y sobre todo por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Desde tal perspectiva, los artículos I-5, I-6, II-111 y II-113 permitirían tres conclusiones principales: Ante todo, la afirmación de un principio que tendrá que conducir, al intérprete de las relaciones entre el Tratado Consti-

---

<sup>108</sup> Para un desarrollo de tales orientaciones cfr. G. ZAGREBELSKY, «Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali», Discurso pronunciado en Campidoglio por la celebración de los 50 años de actividad del Tribunal Constitucional (Roma, 22 de abril de 2006).

<sup>109</sup> Cfr. A. CELOTTO, «Una nuova ottica dei 'controlimiti ...», op. cit., p. 3.

tucional y las Constituciones nacionales, a la «subdivisión de los correspondientes ámbitos de operatividad en base a un principio de competencia, quedando cada ordenamiento fundado y orientado sobre una misma Carta constitucional»<sup>110</sup>. En aquellos supuestos que se encuentren superpuestos o quepan entre los regímenes de los diversos ordenamientos, el Tratado Constitucional goza de supremacía y predominio sobre las Constituciones nacionales. Tal supremacía, sin embargo, cuando toca el ámbito de los principios y los derechos fundamentales de los individuales consagrados en los ordenamientos constitucionales nacionales, deja la última palabra a las Constituciones nacionales y con ellas a los respectivos jueces constitucionales, en un tipo de «primacía invertida»<sup>111</sup>.

Con ello se confirma plenamente la brillante lectura que ve los «contralímites», en vez de «un rígido muro de confinamiento entre ordenamientos», como «el punto de articulación, la cremallera de las relaciones entre la UE y los Estados miembros», transformándose éstos en un elemento positivo y dinámico de integración entre los ordenamientos; y conforme a los cuales, los jueces de los dos sistemas podrán mejor y más provechosamente reconstruir el necesario diálogo entre los Tribunales y la circulación de la jurisprudencia, que tendrá su cotejo siempre con referencia al nivel de protección más elevado, caso a caso, «en una aplicación «pro individuo» del «standard» de la tutela comunitaria o nacional que sea»<sup>112</sup>.

## 6. TENDENCIAS SOBRE EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMUNITARIA: CONSIDERACIONES FINALES

Volviendo de nuevo (aunque sea brevemente) sobre el tema central de la jurisdicción y la relativa efectividad de la tutela judicial de las pretensiones jurídicamente reconocidas a los sujetos, puede observarse cómo los recientes desarrollos en el proceso de integración comunitaria parecen destinados a una potenciación del sistema jurisdiccional; y con ello, y de modo casi inevitable, a un nuevo protagonismo tanto del Juez comunitario como de los nacionales.

---

<sup>110</sup> Cfr. M. CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali» (Ponencia en *Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri*, Firenze, 18 de febrero de 2005).

<sup>111</sup> Op. cit.

<sup>112</sup> Cfr. A. CELOTTO, «Una nuova ottica dei 'controlimiti ...», op. cit., p. 3.

Tal protagonismo podrá expresarse tanto en la fase ascendente, con la intervención del Juez comunitario a instancia del Juez nacional (y deseablemente, según se ha advertido, del mismo Tribunal Constitucional italiano) a través del instrumento de la «cuestión prejudicial», con nuevas y más complejas disposiciones sobre las que expresarse; como y especialmente, en la fase descendente, con relación a la inaplicación del Derecho interno contrario a la normativa comunitaria, ahora compuesta por disposiciones en garantía de derechos, como de disposiciones que sancionan principios<sup>113</sup>.

Respecto a la inaplicación de Derecho interno contrario con la disciplina comunitaria relativa a derechos, en realidad, no parecen existir grandes dudas; se dispone, en efecto, de una jurisprudencia ampliamente consolidada. Desde las Sentencias Van Gend en Loos<sup>114</sup> y Costa/Enel<sup>115</sup> en adelante, la primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario en el ámbito del Derecho interno constituyen principios plenamente reconocidos y consolidados, aunque no pueda olvidarse el al menos aparente viraje del Tribunal Constitucional italiano en la Sentencia ICIC<sup>116</sup>.

Con respecto a la cuestión de la operatividad de los reglamentos comunitarios receptados por leyes internas (no previstas por los Tratados comunitarios), y en contraste con los mismos, el Tribunal Constitucional, en efecto, asume que el juez ordinario no tiene poder para inaplicar dichas leyes, pudiendo éste únicamente elevar la oportuna cuestión de inconstitucionalidad por violación del artículo 11 de la Constitución italiana.

Tal «primaute», según se verá mejor a continuación, resulta plenamente confirmada por la jurisprudencia comunitaria, a la vez que inspira a un prudente «self restraint» en materia de principios y derechos fundamentales nacionales. Recuérdese en particular la fundamentación de la Sentencia Internationale Handelsgesellschaft<sup>117</sup>, la Sentencia Tanja Kreil<sup>118</sup>, y más recientemente la Sentencia Omega<sup>119</sup>, en la que la tutela de la

---

<sup>113</sup> Entre otros, cfr. R. ALONSO GARCÍA, «Il giudice nazionale come giudice europeo», *Quad. cost.*, 2005.

<sup>114</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963, causa 26/62, en *Racc.*, 1963, p. 3.

<sup>115</sup> Sentencia de 15 de julio de 1964, causa 6/64, en *Racc.*, 1964, p. 1160 («... el Derecho nacido del Tratado no podría, pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad»).

<sup>116</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 232/1975, de 30 de octubre.

<sup>117</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, § 3.

<sup>118</sup> Sentencia de 11 de enero de 2000, C-285/98.

<sup>119</sup> Sentencia de 14 de octubre de 2004, C-36/02 *Omega Spielhallen*.

dignidad humana, en cuanto valor fundamental, es asumida como parámetro para justificar una restricción a una de las libertades fundamentales (en especial, la prohibición de ejercer una actividad económica) sancionada por los Tratados comunitarios. Con respecto a la cuestión sometida a ella, la prohibición de que una actividad económica por motivos basados en la protección de valores fundamentales consagrados por una Constitución nacional, como en este caso la dignidad humana, sea compatible con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia no se muestra indeciso a la hora de asumir que «el ordenamiento jurídico comunitario tiene, sin duda, el objetivo de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho. Por lo tanto, es indudable que el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario, siendo irrelevante a este respecto que, en Alemania, el principio del respeto de la dignidad humana goce de un régimen particular como derecho fundamental autónomo»; y, consecuentemente, «de un lado, la prohibición de explotación comercial de juegos que comportan la simulación de actos de violencia contra personas, en particular la representación de homicidios, corresponde al nivel de tutela de la dignidad humana que la Constitución nacional quiere asegurar sobre el territorio de la República federal de Alemania. Y de otro, se ha de constatar que, únicamente prohibiendo la variante del juego láser dirigida a golpear blancos humanos y así «jugar a matar», la medida controvertida no ha excedido lo necesario para conseguir el objetivo perseguido por las autoridades nacionales competentes».

A ésta debe de añadirse la Sentencia Kobler<sup>120</sup>, en la que es sancionado el principio «según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los individuos por las violaciones del Derecho comunitario que les son imputables... incluso cuando la violación deriva del contenido de una decisión de un órgano jurisdiccional nacional de último grado».

Sin embargo, ahora, tales principios se fundan sobre nuevos y más densos parámetros de constitucionalidad comunitaria: los de los derechos, que se han de respetar, y los de los principios a observar y promover; con lo que serán aún más significativo, consiguientemente, el papel ahora del juez nacional tanto en la fase ascendente, como en la descendente.

Una pregunta, sin embargo, se impone. ¿«Quid iuris» con referencia al ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional en presencia

---

<sup>120</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-224/01.

de principios fundamentales comunitarios? La respuesta más plausible, con respecto al Derecho vigente (art. II-112.5) lleva a mantener tanto que los mismos pueden constituir materia oportuna de «cuestión prejudicial», como que pueden constituir válido parámetro a los fines de la interpretación de los actos sujetos a su conocimiento («interpretación conforme al Derecho comunitario»). Es precisamente en tal ámbito que se planteen significativas cuestiones en razón a la intersección de la disciplina comunitaria en materia de derechos y principios fundamentales comunitarios (piénsese, entre otras, en la materia del bio-derecho o el de la familia) y el Derecho constitucional de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, normalmente garantizado por el principio de rigidez constitucional y el conexo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

De una parte, así, el Tribunal de Justicia se halla constituido (art. I-29.1) a partir del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución (naturalmente como así se autodefine en el Tratado Constitucional), mientras de otra, los Estados miembros son llamados a establecer los instrumentos para asegurar una tutela jurisdiccional efectiva en los sectores disciplinados por el Derecho en la Unión Europea. Siempre en el ámbito de las llamadas «cláusulas horizontales» del Tratado Constitucional (arts. II-111/II-114), se halla sancionado, igualmente, cómo el Tratado Constitucional tiene plenamente «en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales» (art. II-112.6). Resolutiva de esta cuestión aparece, finalmente, la disposición del Tratado Constitucional relativa al «nivel de protección» de los derechos (art. II-113 del Tratado Constitucional), según el cual ninguna disposición del Tratado Constitucional puede ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y las libertades fundamentales reconocidas, en el correspondiente ámbito de aplicación, además de por el Derecho comunitario, por el Derecho internacional, por los Tratados internacionales de los que la Unión Europea o todos los Estados miembros son partes, en particular el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, y por las Constituciones nacionales (art. II-113 del Tratado Constitucional).

«Nulo quaestio», por tanto, acerca de la individuación del alcance y el nivel de protección de los derechos fundamentales europeos. Éstos últimos se han de localizar y proteger según el estándar más elevado y con preferencia de las garantías constitucionales aseguradas por cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea; y naturalmente, con preferencia del parámetro comunitario en presencia de los llamados Derechos nuevos.

La expansión del papel del juez ordinario, por tanto, parece encontrar un espacio propio y particular en los intersticios de estos dos ordenamientos jurídicos. Cada vez que se sospecha de la constitucionalidad de la norma que ha de utilizarse para la resolución de una controversia individual, el procedimiento es el de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual en tal caso, y en la hipótesis de una superación de su actual orientación jurisprudencial con relación a los casos de «doble prejudiciabilidad comunitaria y constitucional»<sup>121</sup>, debería entrar en el fondo de la cuestión sometida a éste prescindiendo de si la norma comunitaria tiene o no efectos directos.

Sin embargo, si la propia norma que ha de utilizarse como parámetro no recae expresamente en los parámetros constitucionales y en la jurisprudencia constitucional ya disponible (además de en la interpretación conforme a la Constitución misma), parece abrirse más de una vía al mismo juez para recurrir al juez comunitario: o a través de la cuestión prejudicial, o a través de la resolución de la controversia con una interpretación conforme a las disposiciones del Tratado Constitucional. El horizonte que se abre, como se puede ver, es indudablemente nuevo; es el horizonte de un control difuso de la constitucionalidad comunitaria.

Podemos así, alcanzar alguna conclusión, conforme a la doctrina italiana más acreditada con relación a la materia. La cuestión central a resolver (respecto al art. II-112 TCE) es la de la relación existente entre la tutela comunitaria de los derechos fundamentales, las otras disposiciones constitucionales europeas y las «tradiciones constitucionales comunes» a los Estados miembros, y de si (en estrecha conexión) ha sido más o menos previsto un control de constitucionalidad comunitaria sobre los actos normativos «ordinarios». La respuesta que puede darse es afirmativa, lo que puede llevar a la conclusión que tal control constituye un síntoma y una evidencia de un proceso de constitucionalización europea que, si no puede todavía entenderse acabado, indudablemente se mueve hasta los «contralímites» oponibles por los niveles constitucionales nacionales de protección constitucional de los derechos y los principios fundamentales. «Éste parece que es el momento esencial en que nace una verdadera Constitución: hasta que no hay algún juez que pueda utilizar la Constitución para negar la legalidad de otro acto, incluido los legislativos, el docu-

---

<sup>121</sup> Cfr. M. CARTABIA, «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale», *Forot it.*, 1997, V, pp. 222 y ss.

mento permanece como una mera enunciación política; se transforma en un documento jurídico cuando este control es posible»<sup>122</sup>.

Por tanto, que se dé una competencia de jurisdicción constitucional europea en sede del Tribunal no parece la cuestión que suscite más dudas. Que tal competencia confunda ahora en una sola jurisdicción competencias de fondo (en resolución de la causa) y competencias de legitimidad (de los actos comunitarios con respecto del Tratado Constitucional), es igualmente indudable. Lo que constituye por el momento un problema abierto (y que podrá dar lugar a eventuales pronunciamientos divergentes entre las muchas jurisdicciones en aplicación del Derecho comunitario y del CEDH), más que la incierta concreción del contenido de los individuales derechos (que permanece abierto), es la de la «relación entre las distintas enunciaciones de los mismos derechos y entre las diversas jurisdicciones sobre los derechos», y en particular de la relación entre el juez comunitario, los Tribunales Constitucionales nacionales y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre<sup>123</sup>.

Con relación a tales problemas, en la doctrina<sup>124</sup>, se subraya oportunamente la fuerte incertidumbre de las soluciones de reforma asumidas en el Tratado Constitucional para garantizar la efectiva tutela de los derechos (incorporados en éste) en el ámbito del espacio jurídico europeo. El Tribunal de Luxemburgo estaría llamado inevitablemente a desarrollar la delicada tarea de garantizar los contenidos normativos de la Carta de los derechos; sin embargo no parece asumible, o deseable, la atribución de tal aspecto al Tribunal de Estrasburgo, o incluso a un Tribunal instituido «ad hoc», a modo de «Tribunal Europeo bis», como ha sugerido Favoreu. Múltiples elementos impedirían un eficaz desarrollo de tales competencias conforme a las disposiciones del Tratado, no añadiendo ninguna auténtica garantía de mejora.

---

<sup>122</sup> Así lo ha observado el Presidente emérito del Tribunal Constitucional, el Prof. Valerio ONIDA, en «Il problema della giurisdizione», en AA.VV. (a cargo de E. PACIOTTI), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003.

<sup>123</sup> Sobre la naturaleza «prácticamente veleidosa» del intento de llegar por vía hermeneútica a cualquier racionalización de las relaciones existentes entre los diversos Tribunales europeos, cfr., por último, A. SPADARO, «Una (sola) Corte per l'Europa», en AA.VV. (a cargo de P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003; y L. FAVOREU, «Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo», *Riv. Dir. Cost.*, 2004.

<sup>124</sup> Cfr. L. FAVOREU, «I garanti dei diritti fondamentali europei», en G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.

De otra parte, los jueces nacionales, llamados a hacer referencia a las disposiciones del Tratado Constitucional en materia de derechos fundamentales comunitarios en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, no tendrían competencia para someter al control de tutela de los derechos los actos de la Unión, conforme ya se ha observado; los Tribunales nacionales no podrían, por tanto, sino limitarse al control de la actividad de los órganos de los Estados miembros, «in unum» con las clásicas funciones de enjuiciamiento de la legitimidad constitucional de las leyes y los actos con fuerza de ley. En verdad, no ha faltado quién, autorizadamente, se ha preguntado si el nuevo ordenamiento comunitario de los derechos fundamentales no autoriza a los mismos jueces nacionales, en un control que se volvería así de constitucionalidad difusa, a no aplicar el Derecho nacional en contradicción con el comunitario en el ámbito de la materia de los derechos fundamentales<sup>125</sup>.

En los ordenamientos europeos se abre así, una inédita vía a formas de control difuso de la constitucionalidad comunitaria de las leyes, «que irá ciertamente en aumento, conforme los magistrados y los abogados de los distintos Estados lleven a cabo una plena maduración cultural que los mueva a utilizar mejor estas técnicas hasta ahora poco conocidas»<sup>126</sup>. Tal perspectiva, en Italia (como todavía observa el Prof. Pizzorusso) se ha visto reforzada recientemente, además, por la modificación del artículo 117 de la Constitución, el cual «ha introducido un primer inciso que parece pueda permitir desarrollos de este tipo, si bien la jurisprudencia aún no se ha pronunciado acerca de esto. Cuando las disposiciones del Tratado... entren en vigor, incluida la Carta de los Derechos, probablemente estas oportunidades crecerán y la perspectiva de desarrollo de la jurisdicción constitucional difusa probablemente podrá encontrar también razón en la modificación del art. 52 de la 'Carta', de la que se ha hablado antes. Para no decir que, si por ventura tal disposición funcionara en el sentido de excluir la posibilidad de utilizar las normas de la 'Carta', en sus veces bien podrían ser utilizadas otras muchísimas normas de carácter internacional de análogo contenido que de todos modos están también vigentes en los ordenamientos estatales. Hay ya decenas de textos internacionales que, de un modo u otro, han sido acogidos en el Derecho interno de muchos Estados, y eso hace que el mundo del Derecho sea ya casi siempre

---

<sup>125</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, «Una Costituzione 'ottriata'», en AA.VV (a cargo de E. PACIOTTI), *La Costituzione europea ...op. cit.*; y V. ONIDA, «Il problema della giurisdizione», en AA.VV (a cargo de E. PACIOTTI), *La Costituzione europea ... op. cit.*

<sup>126</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, «Una Costituzione 'ottriata'» ..., op. cit.

permeable a este tipo de exigencias; así, las ideas que se han concretado de un modo u otro en estos textos tienen grandes posibilidades de encontrar realización, en la medida en que existe una maduración cultural de los operadores que hace todo esto posible, junto obviamente con todas las otras circunstancias que se pueden presentar en el curso de la historia de los específicos Estados»<sup>127</sup>.

Tales acreditadas orientaciones doctrinarias, en el sentido de una apertura al nuevo marco normativo europeo (que sigue quedando, en muchos perfiles, incierto y ambiguo en cuanto atañe al tema de la efectividad de la protección jurisdiccional de los derechos, y a tal fin de la precaria definición del sistema de los ajustes jurisdiccionales nacionales/comunitario/convencional), por tanto, no hacen sino subrayar, incluso de modo implícito, el persistente déficit regulativo con relación a la verificación de los actos comunitarios y de la insuficiencia de las vías de recurso disponible para imponer los derechos fundamentales<sup>128</sup>.

El Tratado Constitucional no ha dado grandes pasos hacia adelante bajo este punto de vista. Tales consideraciones reconducen, una vez más, a la cuestión de la necesidad de una positivización de adecuadas tutelas jurisdiccionales de los derechos fundamentales comunitarios, cuando la garantía de éstos no quepa encausarse en el nivel de la Constitución. Se insiste, en conclusión, cómo hablar de derechos y de Constitución en el ámbito de la Unión Europea quiere decir hablar de las interrogantes sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el enfoque funcionalista que la ha caracterizado desde sus orígenes para redefinir las fuentes de legitimación y los valores básicos, respetando y expresando realmente las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

---

<sup>127</sup> Op. cit.

<sup>128</sup> En el seno de una amplia bibliografía, cfr., recientemente, U. VILLANI, «Principi democratici e diritti fondamentali nella 'Costituzione europea'», en *La Comunità internazionale*, n.º 4, 2005; y A. TIZZANO, «I 'diritti fondamentali e le Corti in Europa'», *Il dir. dell'UE*, n.º. 4, 2005.

## RESUMEN

El presente trabajo, en general, analiza los principios y los derechos fundamentales como parámetro en la jurisprudencia constitucional italiana, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, y ello desde el potencial que suponía el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en el sistema constitucional italiano. Ya, de manera más concreta, se estudia la consideración de los principios supremos y los derechos fundamentales constitucionales en Italia en tanto que límites a la integración en otros ordenamientos supranacionales; además, y específicamente, la primacía del Derecho comunitario frente a la protección de los principios y los derechos fundamentales de la Constitución italiana; también la «Constitución jurisdiccional comunitaria de los derechos fundamentales» y las condiciones de los «contralímites» en Italia; así como la «primauté» comunitaria y las identidades constitucionales nacionales; e incluso, cierta tendencia hacia el control difuso de la constitucionalidad comunitaria en Italia.

**PALABRAS CLAVE:** derechos fundamentales, contralímites, control difuso constitucional, límites a la reforma constitucional, primacía del Derecho europeo.

## ABSTRACT

This work analyses the principles and fundamental rights as a parameter for Italian constitutional jurisprudence, for jurisprudence of the European Court of Justice and for jurisprudence of the European Court of Human Rights; this analysis is made from the potential that the Constitutional Treaty would have supposed for the Italian constitutional system. The author studies specifically the consideration of the supreme principles and constitutional fundamental rights in Italia as limits for the integration in other supranational legal order. He also analyses the European Law primacy in front of the protection of the principles and fundamental rights of the Italian Constitution. Other subjects under detailed study in this article are the European jurisdictional Constitution of the fundamental rights, the conditions of “contralimits” -checks and balances- in Italia, the Community “primauté”, the national constitutional identities and the tendency to the diffused control of Community constitutionality in Italia.

**KEY WORD:** fundamental rights, contralimits, diffused control of constitutionality, limits of the constitutional reform, European Law primacy.