ARTÍCULOS

LAS NUEVAS FRONTERAS DE LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS*

Paola Bilancia**

SUMARIO

- 1.- *Introducción*
- 2.- *La Corte de Casación italiana y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*
- 3.- *La Corte Constitucional italiana y el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos*
- 4.- *El Tribunal de Justicia frente al Derecho del Convenio Europeo*
- 5.- *La tutela de los derechos después de la incorporación de la Carta en el Tratado Constitucional Europeo*
- 6.- *Nuevas fórmulas de integración en la protección de los derechos*
- 7.- *Algunas reflexiones a modo de conclusión*

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos afecta a distintos ordenamientos, el nacional, el comunitario, el internacional, constituyendo, sobre todo para estos últimos, una especie de baluarte de la sociedad occidental en defensa de un patrimonio de valores comunes.

Los tres ordenamientos jurídicos no sólo operan sobre niveles distintos, incluso con distinto grado de integración o, incluso, de interferencia, si no

* Parte de este artículo ha sido presentado al Congreso anual de la Asociación Italiana de Constitucionalistas (Padova 22-23 de octubre de 2004), estando en prensa la publicación de las actas del Congreso.

** Catedrática de Derecho Público. Universidad de Milán.

también, en el ámbito de la protección de los derechos humanos, operan sobre distintas «rationes» con instrumentos de tutela diferentes, dotados a su vez de diferente grado de efectividad¹.

El siglo XX ha sido para el ordenamiento internacional la fase histórica de compromiso con la protección de los derechos: intentando construir una barrera que impedía su violación por parte de los Estados e, intentando salvaguardar los «estándares» mínimos, el derecho internacional ha perforado los ordenamientos nacionales para introducir la ética común o, mejor, ese patrimonio de valores comunes que constituyen la esencia de los derechos humanos.

En este trabajo nos centraremos sólo en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH), del que hay que recordar que prevé una forma de tutela directa, aunque bajo una forma de garantía, una protección para hacerlos valer respecto de aquellos Estados que se han adherido y que se realiza con modalidades más o menos dotadas de efectividad. Piénsese, por ejemplo, que a día de hoy hay pendientes cerca de ochenta mil recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que, como máximo, se resuelven ciento veinte asuntos al mes.

El CEDH es un acuerdo internacional de carácter regional cuya finalidad es la armonización de los parámetros de tutela en los Estados que lo han suscrito, siendo los propios Estados quienes deciden cómo asegurar el nivel prescrito por el Convenio y responsabilizándose de esa decisión. Como se sabe, el acceso directo al TEDH para la protección de los derechos permite al particular acceder al mismo siempre y cuando haya agotado todos los recursos previstos en el ordenamiento nacional, siendo por ello relevante el procedimiento interno que, obviamente, varía de país en país. Ello explica el principio de subsidiariedad respecto de los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos. Si la protección adoptada por el órgano de control del Convenio es uniforme, teniendo que cubrir su jurisprudencia un nivel mínimo de garantía del derecho en 46 países, el Convenio prevé en el art. 15 la posibilidad de que los Estados adopten, de forma motivada, en caso de estado de necesidad, medidas derogatorias respecto de las obligaciones impuestas por el Convenio. Sobre la motivación, el TEDH se ha manifestado competente para ejercer su control, adop-

¹ Sobre la autonomía y autosuficiencia de cada sistema de protección de los derechos puede verse F. SORRENTINO, "La tutela multinivel de los derechos", en *Revista Italiana de Derecho Público Comunitario* (Milán), n. 1/2005, pp. 79 y ss.

tando el criterio del “margen de apreciación”², que deja, por lo tanto, un margen de discrecionalidad a los Estados permitiéndoles formas de limitación de los derechos justificadas por intereses generales fundamentales de los ordenamientos nacionales (peligro público).

El margen de apreciación varía de derecho en derecho y constituye en el fondo la expresión de la división de poderes o, mejor dicho, de la división de poderes entre los distintos ordenamientos, es decir, entre el Tribunal y los Estados (partes contrayentes): de hecho, el Tribunal se plantea el problema de no invadir la decisión “política” del Estado³, igual que sucede ante la Corte Constitucional italiana cuando se plantea el problema de limitar, en el mérito, el control de la razonabilidad de la opción política elegida⁴.

Como es notorio, el Estado puede ser condenado en juicio por actos, comportamientos u omisiones que constituyen expresión de sus poderes: es decir, por actos administrativos, por decisiones jurisdiccionales y, también, por actos legislativos o actuaciones omisivas, siendo la concreta aplicación (o falta de aplicación) de medidas de protección de un derecho el objeto de la jurisprudencia del TEDH. Ello justifica la intervención subsidiaria del Tribunal europeo, quien puede intervenir una vez agotados todos los posibles recursos procesales jurisdiccionales internos establecidos por el Estado para la protección del derecho vulnerado. El juez europeo ante el caso concreto, no lleva a cabo un examen entre normas (Convenio europeo y nacionales), sino que sobre la base de la protección que otorga la Convención a un derecho, controla si un acto o comportamiento de un poder estatal ha vulnerado ese derecho. Y no sólo el TEDH con sus decisiones enriquece el patrimonio de la tutela, desde el momento que su jurispuden-

² Cfr. sobre el art. 15 CEDH, en general, G. CATALDI, en S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Comentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 425.

³ G. RESS, “Separations of powers and the function of Judiciary”, en *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, Napoli, 2003, p. 103. El Autor afirma que “for the European Court of Human Rights the problem lies in respecting the genuine sphere of decision of the State”.

⁴ La jurisprudencia consolidada del Tribunal de Estrasburgo afirma que “discriminación significa tratar de forma diferente, sin una objetiva y razonable justificación, a personas que se encuentran en condiciones relativamente parecidas. Los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación para establecer en qué supuestos y con qué amplitud las diferencias con otras situaciones similares justifican diferencias en el trato, pero la decisión final sobre el respeto a los requisitos del Convenio corresponde al Tribunal”. Cfr las sentencias del TEDH *Willis v. The United Kingdom*, n. 3604/97, § 48, ECHR 2002-IV; *Gaygusuz v. Austria*, de 16 de septiembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions*, 1996-IV, § 42.

cia constituye una inagotable fuente del derecho en garantía de los derechos humanos⁵.

Un juez que no actúa, por tanto, aplicando los «statutes» o las leyes, sino que valora la lesión de un derecho, tal y como es enunciado por el Convenio y que opera sobre la base de valores, entre ellos coherentes, a la cual esta preordenado el texto del Convenio.

El TEDH ha utilizado en el desarrollo de su jurisprudencia las técnicas propias de los Tribunales Constitucionales nacionales, como el del «bilanciamento»⁶ entre derechos y entre derechos y valores o intereses generales de la comunidad (con la excepción del margen de apreciación ya

⁵ Para una línea jurisprudencial que incide sobre problemas jurídicos complejos también a nivel nacional, véase la sentencia TEDH de 10 de noviembre de 2005, caso *Leyla Shin v. Turkey*.

El Tribunal establece que la prohibición de usar el velo islámico en la Universidad de Instambul no constituye una violación del art. 9 de la CEDH: la prohibición prevista en la Circular de la Universidad, aún constituyendo una ingerencia en la libertad religiosa de la recurrente, supone una medida necesaria en una sociedad democrática pues persigue objetivos legítimos como la protección de los derechos y de las libertades de los otros, la protección del orden público, la defensa de la laicidad de las instituciones educativas y, por último, la protección de la igualdad entre sexos.

El Juez Tulkens emitió un voto particular discrepante, según el cual la prohibición turca de llevar el velo islámico en la Universidad no es una medida proporcionada para alcanzar los referidos objetivos, siendo, al contrario, una violación tanto de la libertad religiosa como del derecho a la educación. La decisión bloquea una evolución en sentido multinivel de la protección de los derechos sobre un tema “candente”.

⁶ Un ejemplo reciente del *bilanciamento* lo tenemos en la sentencia *Paturel v. France* de 22 de diciembre de 2005 entre libertad de expresión y protección del honor y de los derechos de los otros (interpretación del art. 10 del Convenio). Sobre el *bilanciamento* de los intereses entre la legislación nacional y el CEDH, Dec. *Evans v. UK*. El *Embriology Act* británico (1990) no excede el margen de apreciación reconocido a los Estados Miembros del CEDH ni contrasta con el justo *bilanciamento* de los intereses requerido por el art. 8 CEDH. La previsión de una rígida y neutra regla consensual, en base a la cual cada una de las partes puede revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación en el útero de los embriones crioconservados –con la subsiguiente destrucción de los embriones mismos- no vulnera el derecho al respeto de la vida privada de la parte que, sin embargo, solicita la implantación.

Ejemplos recientes de *bilanciamento* de la Corte Costituzionale italiana por ejemplo, entre el derecho a la defensa y valor de la tutela jurisdiccional; o entre derecho a la intimidad y el interés al desarrollo urbanístico de una zona pueden encontrarse, entre otros, en las sentencias n. 30/2004 (*Gazzeta Ufficiale* de 28.1.2004), el la n. 342/2002 (*Gazzeta Ufficiale* de 17.2.2002), en la n. 407/1993 (*Gazzeta Ufficiale* de 1.12.1993), en la n. 196/2004 (*Gazzeta Ufficiale* de 7.7.2004), en la n. 444/2002 (*Gazzeta Ufficiale* de 20.11.2002), en la n. 344/1999 (*Gazzeta Ufficiale* de 27.10.1999), en la n. 309/1999 (*Gazzeta Ufficiale* de 21.7.1999), en la n. 427/1995 (*Gazzeta Ufficiale* de 20.9.1995), en la n. 298/2003 (*Gazzeta Ufficiale* de 1.10.2003), en la n. 457/1998. (*Gazzeta Ufficiale* de 13.1.1999)

mencionado), la consideración del alcance del núcleo esencial del derecho alegado (sin embargo, interpretado de manera distinta por parte de la Corte Constitucional italiana respecto del caso concreto). Además, hay que tener en cuenta que el TEDH juzga, como mucho, sobre el recurso del particular en relación con un acto o una actuación perjudicial para un derecho, sobre la vulneración de un derecho en un caso concreto del que valora las circunstancias. Para hacer progresar su jurisprudencia, en el sentido de ampliar la protección de los derechos, el Tribunal ha utilizado ampliamente el principio de proporcionalidad y, sobre todo, ha utilizado fórmulas interpretativas muy discrecionales⁷. Aparte de diferentes planteamientos, en ocasiones evidentes entre las cuatro Secciones del Tribunal (desde marzo de 2006, cinco Secciones) y el Pleno, que harían todavía más difícil encontrar una orientación uniforme, la vinculación de su jurisprudencia supondría su interrelación con el ordenamiento afectado. El concepto de «consequences as implication»⁸, característico de la vinculación al precedente, conlleva, de hecho, la introducción en el ordenamiento de una nueva regla de derecho, su “universalización” con la finalidad de regular en el futuro el caso concreto: una regla interpretativa que entraría en el sistema vinculando como precedente a los jueces nacionales y comunitarios (y a estos últimos todavía de forma más intensa una vez que se produzca la adhesión de la Unión Europea al CEDH) cuando deban de resolver los mismos casos.

El TEDH, órgano de un ordenamiento internacional, sin ninguna forma de investidura popular al igual que muchos órganos jurisdiccionales de otros ordenamientos, no aplica derecho escrito emanado de la soberanía popular, sino que, aplicando las disposiciones del Convenio, crea derecho que vincula a los ordenamientos nacionales que han de adecuarse. Puede surgir la duda de que los intereses generales o la limitación de los derechos valorados a la luz de un ordenamiento nacional⁹ podrían diverger de aquellos que tienen su fundamento en las Constituciones nacionales, como

⁷ A. MOWBRAY, “The creativity of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, n. 1/2005 (vol. 5), Oxford University Press, pp. 57 y ss.

⁸ N. MACCORMICK, “On legal decision and their consequences: from Dewey to Dworkin”, *New York University Law Review*, 1983, p. 243.

⁹ Más en general, las reflexiones sobre la condición del “decisor” en los sistemas multinivel en sistemas jurídicos pertenecientes a familias jurídicas distintas, y sobre su condicionamiento ligado a la especificidad de los intereses en juego y al *bilanciamento* de los valores de vez en cuando en discusión, como problema que hace cada vez más complejo el papel de los jueces, son desarrolladas por F. PIZZETTI en “La tutela dei diritti nei livelli substatuali” en *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 199 y ss.

expresión de las sociedades civiles que las sustentan y de su implementación llevada a cabo por los legisladores nacionales¹⁰ y los Tribunales Constitucionales. Un atento estudio de la jurisprudencia del TEDH revela que el Tribunal europeo, a pesar de su “lejanía” parece, al menos hasta ahora, haber demostrado también una cierta sensibilidad en relación con el “contexto interno”, en el cual su decisión termina finalmente recayendo¹¹, debiendo el Estado someterse a la decisión.

Desde una óptica “multinivel” hay que subrayar que el Tribunal de Estrasburgo ha conseguido intervenir en defensa de un derecho protegido al mismo tiempo por el ordenamiento europeo, el comunitario y el nacional, llevando a cabo una lectura de la norma de la Convención a la luz del derecho nacional y del comunitario¹²: el Tribunal ha intervenido sobre el

¹⁰ Recuerda S. BARTOLE, en “Rilettura dell’articolo 10.2 della Costituzione spagnola nella prospettiva dell’esperienza costituzionale italiana”, en F. FERNANDEZ SEGADO (coord.), *The spanish Constitution in the european constitutional context*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 1539, que derechos y libertades no son sólo espacios de tutela de esferas personales sustraídas a la interferencia de los poderes constituidos, sino también garantías de participación popular en el ejercicio del poder en cumplimiento de las correspondientes cláusulas constitucionales que sancionan la pertenencia de la soberanía al pueblo.

¹¹ A. PERTICI, “La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo” en las Actas del Congreso *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa. Por otra parte*, V. ZAGREBELSKY, en “I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani”, en *La tutela multinivello dei diritti*, cit, p. 101, ha afirmado que el sistema europeo de tutela de los derechos no vive aislado y cerrado, sino que está fuertemente ligado a la actuación de los distintos sistemas nacionales.

¹² Sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006. El caso afecta a una ciudadana española que reside en Francia, antes con el estatuto de refugiada política y luego sobre la base de distintos títulos de residencia otorgados por las Autoridades francesas. La ciudadana recurre contra las Autoridades administrativas francesas, primero ante los Tribunales franceses y, después, ante el TEDH, quejándose de que el dilatadísimo periodo de tiempo necesario para obtener un permiso de residencia duradero, en vez de permisos temporales, no está justificado ni sobre la base del derecho euro-convencional, ni sobre el derecho euro-comunitario (a partir del Tratado de Maastricht se crea la ciudadanía europea que otorga derecho de libre circulación y estancia de los ciudadanos de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro) y, ni siquiera, sobre el propio derecho francés, no pudiendo justificar el rechazo por razones de orden público, constituyendo una interferencia ilegítima en la vida privada y familiar del ciudadano por parte del poder público. El TEDH interpreta, no sólo la Convención, sino también y muy señaladamente el Tratado comunitario y las directivas que regulan la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en los Estados miembros de la Unión, así como la legislación francesa, llevando así a cabo una interpretación integrada y multinivel de distintas fuentes normativas, de distinto tipo y de distintos niveles, todas coincidentes sobre el derecho a la libre circulación y estancia. El Juez de Estrasburgo ha afirmado, también, que el caso de autos es distinto de anteriores pronunciamientos, debido al hecho de que la violación del art. 8 proviene de la situación de precariedad y de incertidumbre padecida por la solicitante: la falta de expedición de un título de residencia durante un periodo tan largo de

derecho de libre circulación y residencia mediante una sentencia interpretativa que ha “afectado” a la normativa comunitaria y a la francesa, mediante una interpretación “integrada” de regulaciones relativas a ese derecho.

2. LA CORTE DE CASACIÓN ITALIANA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Los primeros defensores de los derechos son los jueces nacionales, sobre los que pesa el deber de garantizar el respeto de los derechos en aplicación de las leyes nacionales, si bien han de tener siempre presente la existencia del Convenio europeo. Se plantea así, para el juez nacional, el problema de la aplicación del derecho emanado del Convenio, entendido no sólo como aplicación de las propias normas contenidas en el Convenio, introducidas en el ordenamiento italiano mediante la ratificación del mismo, sino también como aplicación del derecho derivado, de la actividad de «lawmaker» del Tribunal de Estrasburgo.

La Corte de Casación italiana, después de una primera posición de negativa total a la aplicación de las normas del CEDH “que afectaría sólo a las Altas Partes contrayentes”, cambió de orientación en 1989¹³ reconociendo la aplicación de las normas del Convenio y distinguiendo, además, entre las normas pactadas, aquellas que vinculan directamente, de aquellas que requieren un específica actividad normativa por parte del Estado¹⁴. Si

tiempo constituye inequívocamente una intromisión en la vida privada y familiar, intromisión que no es tampoco justificable a la luz del art. 8.2. En definitiva, después de haber analizado la normativa nacional, la normativa y la jurisprudencia comunitaria aplicable al caso, el Tribunal concluye que no siendo justificable por ley el transcurso de más de 14 años para la expedición, por parte de las autoridades francesas, de un título de residencia a la peticionaria, existe una violación del art. 8 de la Convención. Crucial ha sido en la resolución del caso la utilización del derecho comunitario, que constituye el aspecto más significativo de la sentencia, pues se afirma que el art. 8 de la CEDH debe de ser interpretado a la luz del derecho comunitario y, en concreto, de las obligaciones impuestas a los Estados miembros en relación con los derechos de entrada y residencia de los ciudadanos comunitarios.

¹³ La sentencia n. 1101/1989, caso *Polo Castro*, del Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, sancionó la aplicación directa en el ordenamiento italiano del Convenio europeo, afirmando el Tribunal de Casación la aplicación directa del art. 5.4 del Convenio, aclarando en todo caso que ello era posible, en general, siempre y cuando la disposición invocada tuviera correspondencia con un acto normativo interno idóneo para crear obligaciones y derechos.

¹⁴ Para un examen riguroso de la jurisprudencia de la Corte de Casación véase L. MONTANARI, “Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti fra sistemi”, en *Atti del convegno su la Corte Costituzionale e le Corti in Europa*, cit., texto provisional, pp.11 y ss. En particular, sobre normas de principios del Convenio que necesitan ser implementadas por el legislador nacional y para las cuales, por tanto, no cabe la aplicación directa, véase la sentencia n. 3429, de 8 de enero de 2003, de la Sección VI, Penal, de la Corte de Casación.

parecía posible aplicar únicamente las disposiciones con contenido preceptivo del Convenio, en términos generales se tenía que excluir por el contrario su aplicación directa –incluso bajo la forma de no aplicación de las disposiciones legislativas internas por parte del juez nacional- ya que, se afirmaba, corresponde al Estado («rectius»: al legislador) la adecuación de las normas nacionales al derecho del Convenio¹⁵. La no aplicación de la legislación nacional en conflicto con éste se ha producido en casos aislados¹⁶ por parte del juez de instancia.

Las normas del Convenio Europeo de 1950 han sido revalorizadas por la Corte Constitucional italiana en 1993¹⁷ -en una sentencia que ha quedado aislada- como normas derivadas de una fuente atípica y, como tales, no susceptibles de derogación o modificación por parte de las disposiciones de la ley ordinaria. Poco después de esta sentencia, la Corte de Casación, en relación con la afirmación de la capacidad de las disposiciones del Convenio para resistir a disposiciones legislativas posteriores, las consideraba principios generales del ordenamiento en razón de su ubicación en el ordenamiento italiano¹⁸. Tampoco han faltado sentencias que han reconocido como directamente aplicables algunas normas del Convenio como la contenida en el art. 6 sobre la publicidad de las audiencias¹⁹, sobre el derecho

¹⁵ Véanse, por ejemplo, las sentencias n. 10693, de 27 de julio de 1989, la n. 2823, de 20 de mayo de 1991, la n. 2549, de 28 de mayo de 1996, la n. 2550, de 31 de mayo de 1997, la n. 1439, de 21 de mayo de 1998. Más recientemente véase la decisión del Consejo de Estado, Sección IV, de 24 de marzo de 2004, n.1539, que confirma que, no siendo posible una relación de no supremacía entre las normas del Convenio europeo y las leyes nacionales (análoga a la existente en el derecho comunitario) para considerarse de igual rango, ello impide reconocer el mismo presupuesto jurídico y conceptual que autoriza la no aplicación de las disposiciones legislativas internas contrarias al derecho a la efectividad de la tutela judicial sancionada por el Convenio.

¹⁶ Sobre la no aplicación de la norma interna, sin embargo, véase recientemente la sentencia del Tribunal de Génova, *Traghetto c. Ente Poste*, de 4-6-2001. Sobre el tema, véase A. GUAZZAROTTI, “I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione”, en *Quaderni costituzionali*, n.1/2003, pp. 25 y ss.

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional n. 10/1993.

¹⁸ Con la sentencia «*Medrano*», Corte de Casación, Sección I, Penal, sentencia n. 2194-1993, el Tribunal hacía referencia a la “particular fuerza de resistencia, respecto de la legislación ordinaria posterior, de la regla del art. 8 del Convenio. Véase también la sentencia de la Corte de Casación, Sección I, Civil, n. 6672/1998, caso *Galeotti Ottieri c. Amministrazione delle finanze*.”

¹⁹ El Pleno de la Corte de Casación, sentencia de 10 de julio de 1991, n. 7662, ha afirmado la abrogación sobrevenida del 34 apartado 2 del Real Decreto Legislativo n. 511, de 31 mayo de 1946, en la parte en la que excluía la publicidad de la discusión del pleito en un juicio disciplinario por parte de los magistrados por contraste con la regla de la publicidad de las audiencias ex art. 6 del Convenio que impone límites precisos a la deliberación a puerta cerrada.

a la imparcialidad del juez en la administración de justicia²⁰. La Casación, después, ha reconocido expresamente la “naturaleza supraordenada” de las normas del Convenio, sancionando la obligación del juez de “inaplicar” la norma interna en conflicto con la del Convenio “dotada de aplicación inmediata en el caso concreto”²¹.

Pero es necesario subrayar el posterior desarrollo de la orientación del juez de la casación relativo a la “jurisprudencia” del Tribunal europeo. La Casación italiana, hasta el año 2004, siempre ha rechazado la vinculación directa del derecho vigente derivado de las materias reguladas por el Convenio, a pesar de reconocer la función de orientación e «indirizzo» que las decisiones de Estrasburgo cumplen en relación con la jurisprudencia interna²². Es más –ha afirmado la Casación- los jueces nacionales deben exponer los motivos en base a los cuales llegan a un resultado hermenéutico distinto²³.

En enero de 2004, la Casación, en cuatro sentencias²⁴, ha reconocido la aplicación directa de la jurisprudencia del TEDH en relación con el resarcimiento del daño –a cargo del Estado italiano- en los casos de duración excesiva de los procedimientos, resolviendo así una especie de conflicto

²⁰ Sentencia de la Corte de Casación de 24 de marzo de 2002, n. 4297.

²¹ Sentencia de la Corte de Casación de 19 de julio de 2002, n. 10542.

²² La sentencia de la Corte de Casación, Sección IV, Penal, de 18 de noviembre de 2003, n.1969, a pesar de invocar anterior jurisprudencia del Tribunal europeo, afirma que “constituye orientación jurisprudencial aquella según el cual, a pesar de que deba reconocerse a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo valor de precedente en el enjuiciamiento de las situaciones jurídicas amparadas por el CEDH, debe negarse fuerza vinculante directa de las sentencias para el juez italiano”. En esta línea ya se habían pronunciado las sentencias de la Corte de Casación de 26 de julio de 2002, n. 11046, la de 2 de agosto de 2002, n. 11573 y la n. 11600, así como otras citadas en la sentencia de 2003.

²³ Sentencia de la Corte de Casación, Pleno, de 14 de abril de 2003, n. 5092.

²⁴ Sentencias de la Sala de lo Civil n. 1338, 1339, 1340, 1341 de 26 de enero de 2004. En concreto se puede leer en la sentencia n. 1340: “el ámbito jurídico de la reparación equitativa del daño no patrimonial está, en otras palabras, marcado por el respeto al CEDH, por la forma como ella se plasma en las decisiones, por parte del Tribunal, de casos similares a los examinados por el juez nacional”. Las sentencias han negado que el supuesto previsto por la norma nacional asumiera connotaciones distintas de las fijadas por el CEDH, respecto de la cual la misma norma interna es considerada no constitutiva del derecho a una equitativa reparación por una duración no razonable del proceso, sino únicamente creadora de un recurso interno –antes inexistente- para asegurar la tutela judicial efectiva a los perjudicados por la vulneración de este derecho. Tutela judicial efectiva prevista en el art. 13 del Convenio, que establece el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional y cuya utilización condiciona la continuación del procedimiento ante el Tribunal de Estrasburgo. Antes de la introducción del recurso en el ordenamiento italiano, el recurso ante el TEDH se podía plantear de forma directa e inmediata (art. 34 del CEDH).

que se había creado con el Tribunal europeo. Éste, precisamente, en un anterior Auto de admisibilidad relativo al caso «Scordino»²⁵ había señalado que la ley italiana (conocida como la Ley Pinto²⁶), adoptada para la reparación de los daños ocasionados por una indebida duración del proceso, tenía que ser aplicada a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo y que esa jurisprudencia formaba parte integrante del Convenio. El Tribunal europeo, en relación con la falta de la plena protección acordada para la reparación del daño por parte de los Tribunales de segunda instancia en aplicación de la ley italiana, había afirmado que “se deduce del principio de subsidiariedad que las jurisdicciones nacionales deben, en la medida de lo posible, interpretar y aplicar el derecho nacional conforme al Convenio”²⁷.

En realidad no está claro si la Corte de Casación italiana ha sancionado la vinculación al precedente o si, por el contrario, se trata de una aplicación “debida” al reenvío que efectúa la Ley Pinto al art. 6 del Convenio²⁸, el cual no implica automatismo en la aplicación de su correspondiente jurisprudencia. De hecho, en la motivación de las sentencias de la Casación posteriores a la “advertencia” del Tribunal europeo se habla de interpretación de la ley (italiana) de acuerdo con el CEDH, dentro de “los límites en los cuales dicha interpretación sea hecha posible por el texto de la Ley 89/2001”²⁹.

En este incierto cuadro interpretativo, aunque con resultados distintos, la Casación recientemente³⁰ ha reconfirmado “el valor definitorio, en términos de derecho vigente que supone la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación con la definición y delimitación del alcance del supuesto contenido en la norma europea (art. 6.1), a cuya violación nuestro legislador ha querido poner freno mediante un instrumento indemnizatorio” (la Ley Pinto) y ha citado expresamente numerosas sentencias del TEDH (que excluyen de la esfera de aplicación del Convenio las controversias

²⁵ TEDH, Sección I, auto de 27 de marzo de 2003.

²⁶ Ley 89/2001, *Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile*.

²⁷ Recurso *Scordino*, cit.

²⁸ El art. 2 de la Ley 89/2001 dice: “quien ha sufrido un daño patrimonial o no patrimonial como consecuencia de la vulneración del CEDH, ratificado por la Ley 848/1955, de 4 de agosto, en relación con el incumplimiento del plazo razonable del art. 6 apartado 1 del Convenio, tiene derecho a una justa indemnización”.

²⁹ Sentencia 1338/2004. Los fundamentos de la sentencia 1340 lo aclaran mejor: “Puesto que el hecho constitutivo del derecho atribuido por la Ley 89/2001 consiste en una determinada violación del CEDH, corresponde al juez del CEDH determinar todos los elementos del hecho jurídico, que por lo tanto termina siendo conformado por el Tribunal de Estrasburgo, cuya jurisprudencia vincula, respecto de la Ley 89/2001, a los jueces italianos”.

³⁰ Sentencia de la Sección I, Civil, de 4 de mayo-17 de septiembre de 2004, n. 18739.

relativas a obligaciones dimanantes de la legislación fiscal) para negar su aplicación al proceso tributario. También ha rechazado tramitar la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley planteada por el Procurador General en relación con el art. 111 de la Constitución: sólo el legislador –dice la sentencia- puede ampliar el ámbito de aplicación de la norma.

El problema es el de entender si la interpretación conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se debe sólo al reenvío expreso, efectuado por el legislador nacional a la normativa del Convenio, que la Casación habría interpretado como reenvío móvil o, si, por el contrario, su aplicación debería ser diferida a la normativa nacional relativa a los derechos protegidos por el Convenio. El problema no es menor, si se tiene en cuenta que la «forma mentis» del juez nacional se basa en normas establecidas por las leyes, menos acostumbrado a valorar, como hacen los jueces de los sistemas de «common law», ese derecho jurisprudencial.

Siempre en relación con la vulneración de las reglas del derecho a un proceso justo, es significativa la postura adoptada por la Casación Penal³¹ que anuló un auto impugnado así como el reenvío al Tribunal del Jurado de segunda instancia de Milán como consecuencia de una decisión del Tribunal de Estrasburgo que consideró que el encarcelamiento del condenado una vez juzgado era una vulneración del art. 5, apartado 2 letra a) del Convenio. El TEDH consideró como vulneración del art. 6 del CEDH la tramitación del proceso en rebeldía (el imputado estaba detenido en otro país por otros delitos), considerando por ello que el proceso no era justo. Para la Corte de Casación italiana se trata, por lo tanto, de valorar si subsiste en el ordenamiento interno la posibilidad de aplicar la decisión de Estrasburgo –evitando la ejecución de una sentencia considerada firme en un proceso que ha sido considerado injusto- a sabiendas de que no existe una norma interna que permita la suspensión de la ejecución y la apertura de un nuevo juicio. El Tribunal Supremo reenvió al juez de instancia el problema de la aplicación directa de una sentencia del TEDH frente a una sentencia que había adquirido firmeza.

Más recientemente, la Casación³² ha reenviado al juez de instancia para que asuma el contenido de lo expresado por el juez de Estrasburgo, revisando la interpretación sobre la reparación del daño sufrido como consecuencia de la dilación indebida del proceso en relación con los recursos

³¹ Sentencia de la Sección I, Penal, de 3 de octubre de 2005, n. 35616.

³² Corte de Casación, Pleno, sentencia n. 28507, de 23 de diciembre de 2005.

de la justicia administrativa, prescindiendo de la necesidad de una instancia para la tramitación urgente del proceso³³.

3. LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y EL DERECHO DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La opción llevada a cabo por la Corte Constitucional de no someterse al Convenio, sobre la base de que su introducción en el ordenamiento italiano debe realizarse a través de una norma con rango de ley, subrayando así la dualidad de ambos ordenamientos³⁴, tiene sus raíces históricas y, hasta el año 2001, amplio apoyo en el texto de la Constitución.

Como recuerda Bartole³⁵, la firma del Tratado de Paz al terminar la II Guerra Mundial, que imponía al país en el artículo 15 el respeto a los derechos humanos, es acogido casi como un condicionante de la soberanía. Ratificado el Tratado directamente por la Asamblea Constituyente, ésta, cuando llegó a la deliberación del art. 11 de la Constitución, que introducía el sistema de recepción del derecho internacional, pro-

³³ Para la Corte de Casación, la instancia para la tramitación urgente (*istanza di prelievo*) prevista en el art. 51 apartado 2 del Real Decreto 642/1907, tiene como finalidad declarar la urgencia del recurso para obtener un procedimiento más rápido, alterando el orden de los señalamientos. Ya anterior jurisprudencia (sentencia de 13 de diciembre de 2004, n. 23187; 21 de septiembre de 2005, n. 18759; 12 de octubre de 2005, n. 19801) había afirmado que la lesión del derecho a una duración razonable del proceso debe ser estimada, para los procedimientos ante jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el periodo de tiempo transcurrido desde la fijación del procedimiento. Sobre él no puede incidir la falta o la presentación tardía de la instancia de tramitación urgente.

³⁴ Ya se ha mencionado la sentencia n. 10/1993: además, hay que citar la sentencia n. 388/1999, en cuya motivación se dice “los derechos humanos, garantizados también mediante convenios universales o regionales, como el europeo, tienen reconocimiento en el art. 2 de la Constitución (*omissis*) las distintas fórmulas que los expresan y los integran, complementándose mutuamente en la interpretación”. Una crítica a la ambigua fórmula de integración se encuentra en V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, resumen a cargo de A. DE PETRIS, Bollettino 6/2005 –Osservatorio costituzionale Luiss, Roma, 3- giugno 2005. Sobre el desarrollo normativo y la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos, véase P. CARETTI, *I diritti fondamentali- Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, *passim*.

³⁵ S. BARTOLE, “Rilettura dell'articolo 10.2 della Costituzione spagnola nella prospettiva dell'esperienza costituzionale italiana”, citado, pp. 1540 y ss., El artículo 15 del Tratado preveía: “Italia adoptará todas las medidas necesarias para garantizar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin distinción de sexo, raza, lengua y religión, el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluso la libertad de prensa y de comunicación, de culto, de opinión política y de reunión pública”.

tegió la soberanía estatal reconociendo el carácter dual de ambos ordenamientos.

La Corte Constitucional parece, sin embargo, que cada día presta mayor atención a la jurisprudencia del Tribunal europeo, invocándola de forma auxiliar, instrumental o “complementaria”³⁶ en algunas de sus sentencias y, aunque sigue manteniendo que el Convenio en el sistema italiano tiene fuerza de ley ordinaria, considera que la invocación del derecho europeo puede ser útil en la interpretación de las normas constitucionales de los derechos. Por otra parte, como juez de las leyes y defensor de la Constitución, no podría actuar de otra forma.

Además, la utilización con finalidad interpretativa “complementaria” o, al límite, la utilización «ad adiuvandum» del derecho jurisprudencial europeo, no significa actuar en una vía de interpretación conforme³⁷.

Los problemas pueden provenir de la introducción en el nuevo art. 117 de la Constitución de las obligaciones internacionales como límite al legislador. La introducción de este elemento adicional en las relaciones entre normas si bien, por un lado, supone ampliar el rol del juez constitucional, por otro, podría llevarlo a una situación problemática en relación con el TEDH, situación problemática que ya se ha producido en otros países adheridos a la Convención³⁸. De hecho, aunque el Tribunal europeo no tenga capacidad para anular, sino tan sólo para declarar contrario el acto (que podría ser también una sentencia de la Corte Constitucional) al Convenio, ese pronunciamiento podría producir un efecto de deslegitimación considerable³⁹, también en relación con la propia institución.

³⁶ Véanse las sentencias de la Corte Constitucional n. 120/2004, de 7 de abril, relativa a la inviolabilidad de las opiniones emitidas por los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones, la n.154/2004, de 26 de mayo, relativa al conflicto entre poderes. *Presidente della Repubblica-Autorità giudiziaria*, la n 445/ 2000, la n. 399/1998, relativa al proceso penal en rebeldía, y la n. 342/1999, en materia de participación a distancia del imputado en el acto del juicio oral.

³⁷ Para una riflessione sobre el tema, véase. A. PACE, “La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia”, en *Diritto Pubblico*, 2001, p. 1 ss.

³⁸ G. ZAGREBELSKY en el Encuentro celebrado en la LUISS el 26 de marzo de 2004 recordaba el caso *Rumasa*, relativo a la expropiación de un holding de empresas, proceso en el que se condenó a España porque el Tribunal Constitucional no había garantizado la contradicción de las partes en el procedimiento constitucional de declaración de ilegitimidad constitucional de Real Decreto de expropiación.

³⁹ Una deslegitimación general del sistema, de nuestros sistemas político-constitucionales (puesto que las declaraciones de derechos son el producto de la democracia representativa), afirmó G. ZAGREBELSKY en la ponencia citada.

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA FRENTE AL DERECHO DEL CONVENIO EUROPEO

También el Tribunal de Luxemburgo utiliza la jurisprudencia del Tribunal europeo en sus sentencias, hasta el punto que podría pensarse, llevando a cabo un examen superficial, en un sometimiento a la jurisprudencia derivada del CEDH.

El Tribunal de Justicia (de ahora en adelante TJ) ha ido paulatinamente ampliando sus competencias⁴⁰, originalmente vinculado sólo a las libertades previstas en el Tratado de Roma y, por medio del efecto arrastre, partiendo de casos concernientes a la normativa comunitaria se ha convertido en juez de algunos derechos, asumiendo la protección de las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros o la protección de los derechos del Convenio europeo⁴¹, haciendo cada vez más referencias al Tribunal de Estrasburgo.

Pero hay que advertir que el TJ, aun utilizando la jurisprudencia del Tribunal europeo, no siempre ha seguido sus directrices. De hecho ha ocurrido que, dedicando gran espacio a las decisiones de Estrasburgo, ha declarado la inaplicabilidad de tal jurisprudencia al caso de autos⁴².

⁴⁰ Causa 1572/73, *Sotgiu*, sentencia de 12 de febrero de 1974, y más incisiva y recientemente Causa 1422/02, caso *García*, sentencia de 2 de octubre de 2003, ambas de prohibición de discriminación en base a la nacionalidad, que por diferentes aspectos han ampliado el contenido de la ciudadanía europea. Respecto, de la prohibición de discriminación por razón de sexo, véase la causa 43/75, sentencia de 8 de abril de 1978, llamado *leading case* por M. CONDINANZI, en "Il Livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo", en P. BILANCIA e E. DE MARCO (coords.) *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004, pp.41 y ss.

Una evolución significativa de la jurisprudencia europea hacia la tutela de los derechos sociales la representa la sentencia CGCE, de 16 de marzo de 2006, C-131/04 e C-257/04, *C. D. Robinson-Steele*. "Al respecto es oportuno recordar que el derecho de los trabajadores al descanso anual retribuido debe ser considerado como un principio particularmente importante del derecho social comunitario, el cual no puede ser derogado". Cfr. también CGCE, sentencia de 26 de junio de 2001, causa C-173/99, *BECTU*, *Racc.* pág. I-4881, punto 43. Sobre la utilización del Convenio europeo por parte del Tribunal de Luxemburgo véase T. FREIXES, "La europeización de los derechos fundamentales", en P. BILANCIA E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti*, cit., pp. 21 y ss.

⁴¹ De la sentencia de 16 de mayo de 1986, causa 22/84, *Johnston*, y otras sentencias citadas por M. CONDINANZI, en P. BILANCIA, E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti...*, op. cit., entre las cuales se señalan las concernientes al derecho de propiedad, a la prohibición por discriminación religiosa, el respeto de la vida privada, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Significativa la sentencia *Rutili* de 28 de octubre de 1975, causa 36/75.

⁴² Véase B. CONFORTI en "Note sui rapporti tra Diritto comunitario e Diritto europeo dei diritti fondamentali", en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Anno XIII, mayo-agosto

Con esta premisa no cabe, por tanto, pensar en una sustancial homogeneización de las dos formas de protección que continúan siendo dos «rationes» diferentes, es más, hay que subrayar el amplio margen de “creatividad” que el juez comunitario ha utilizado, a menudo, también, para seleccionar normas del Convenio y traducirlas en principios generales del ordenamiento comunitario, tal y como hace, por otra parte, con otros instrumentos del derecho internacional como, por ejemplo, con la Carta Social Europea.

La incorporación de la Carta de Derechos en el Tratado Constitucional europeo, que entre otras cosas habilita a la Unión para adherirse al Convenio europeo, podría llevar, acaso, a una mayor “concordancia” entre los dos Tribunales, sobre todo si se considera que las disposiciones relativas a muchos de los derechos en ella contenidos se corresponden con las disposiciones del Convenio⁴³, y a pesar de que no se haya querido hacer referencia al derecho del CEDH (que comprende también la jurisprudencia creadora del Tribunal europeo y su evolución), sino sólo al Convenio. Se considera que el TJ podría comportarse como los jueces nacionales, llevando a cabo interpretaciones del derecho comunitario conforme al derecho del CEDH, si bien podría apartarse si el ordenamiento europeo lo exige⁴⁴. Recuérdese como en las «Explicaciones» dadas por el Praesidium de la Convención a título interpretativo se dice que allá donde haya correspon-

2002, pp. 425 y ss. El autor, en relación con el auto de 4 de febrero de 2000, en la causa C-17/98 (demanda de cuestión prejudicial del Presidente del *Arrondissement Srechtbank de La Haya*), donde la parte demandante que había promovido la cuestión prejudicial había invocado la decisión de Estrasburgo en el caso *Vermeulen c. Belgique* de 20 de febrero de 1996, señala que el Tribunal comunitario a pesar de traer a colación los fundamentos de la sentencia de Tribunal europeo (incluso utilizando también la jurisprudencia posterior a la alegada por la parte) parece que no llega a las mismas conclusiones (violación del art. 6.1 del CEDH) y, por tanto, cuando elabora el correspondiente principio fundamental del derecho comunitario, llega a la conclusión de la inaplicabilidad de la jurisprudencia *Vermeulen* al caso de autos. El autor concluye “No es difícil apreciar en esta motivación, argumentos y observaciones propuestos por los Gobiernos demandados ante el Tribunal de Estrasburgo y por ésta rechazados, en éste y en otros casos análogos.

⁴³ Hasta doce artículos de la Carta tienen significado y alcance idéntico a los correspondientes artículos del Convenio (y a los Protocolos adicionales); otros cinco artículos tienen un significado idéntico a los correspondientes del Convenio, pero tienen un campo de aplicación más amplio.

⁴⁴ Es interesante leer las *Explicaciones* actualizadas a la Carta de Derechos Fundamentales enviadas por el Praesidium a la Convención el 9 de julio de 2003 (Conv. 828/03), en donde se señala para ciertos artículos de la Carta su correspondencia con los artículos del Convenio o de sus Protocolos adicionales, explicaciones que “representan un precioso instrumento de interpretación destinada a aclarar las disposiciones de la presente Carta”.

dencia de las disposiciones sobre derechos entre las dos “Cartas”, el significado y alcance (de los derechos), comprendidas las limitaciones conexas, son idénticos a los del Convenio. “En consecuencia el legislador, al fijar las citadas limitaciones, tiene que respetar los estándares establecidos por el régimen particular de las limitaciones previstas en el CEDH (...) sin que ello prejuzgue la autonomía del derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia europeo. (...) El significado y alcance de los derechos garantizados están determinados no sólo por el texto del Convenio (y sus Protocolos adicionales) sino también por la jurisprudencia del Tribunal europeo y el Tribunal de Justicia⁴⁵”. La jurisprudencia del TEDH podría seguir teniendo para el Tribunal de Justicia, por lo tanto, valor de orientación o guía.

En realidad, no cabe pensar en formas de homogeneización de la tutela de los derechos y, todavía menos, puede instaurarse una relación de supremacía entre ambos Tribunales; sólo cabe incrementar una influencia recíproca de ambas jurisprudencias⁴⁶, influencia que no puede ni debe ser formalizada; las relaciones entre ambos Tribunales no tienen que ser “formales”.

5. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DESPUÉS DE LA INCORPORACIÓN DE LA CARTA EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Distinto es el supuesto de los reenvíos o cuestiones prejudiciales entre jueces de los países miembros y el Tribunal de Justicia⁴⁷, en donde el juez nacional debe seguir la interpretación solicitada: la Corte Constitucional italiana desde hace tiempo ha mantenido que las sentencias interpretativas del Tribunal de Luxemburgo, y todavía más las producidas en una causa en

⁴⁵ Además, en el Preámbulo se dice que la Carta reafirma, en el respeto de las competencias y obligaciones de la Unión y del principio de subsidiariedad, los derechos dimanantes, en especial, de las tradiciones constitucionales comunes y de las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, del Convenio europeo (...) así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TEDH.

⁴⁶ V. ONIDA, en “La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il reciproco rapporto con le Corti sopranazionali”, en P. BILANCIA, E. De MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti...*, op. cit., p.111, señala la existencia de un diálogo ya existente entre ambos Tribunales, desde el momento que el Tribunal de Estrasburgo mira con mayor atención a la jurisprudencia constitucional italiana y, a su vez, la Corte Constitucional italiana mira con mayor atención a la jurisprudencia del TEDH.

⁴⁷ Sobre la elaboración de principios básicos, que por una parte se imponen a los Estados miembros, véase a A. ADINOLFI, “I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, pp. 521-578.

la que se condena al Estado miembro, constituyen fuente del derecho de la Comunidad⁴⁸.

Todavía será más visible el fenómeno si el Tratado Constitucional europeo es ratificado por los países miembros, a pesar de las cláusulas horizontales de la Carta, la subsidiariedad, la armonía con las tradiciones constitucionales o el anclaje al CEDH⁴⁹. Los derechos constituirán el límite de la acción de los órganos e instituciones europeas y de los Estados en la construcción e implementación del derecho europeo, pero la tutela “multinivel” de los derechos asumirá una configuración más compleja por que el TJ ampliará su competencia cuando, en su función interpretativa, o en el control de legalidad de los actos sometidos a su enjuiciamiento, tenga también como parámetro las disposiciones de la Carta. Podrá reforzar su control jurídico sobre los órganos e instituciones de la Unión, pudiendo, incluso, inclinar la balanza entre el proceso político y la jurisdicción, pero también tendrá la posibilidad de dar impulso a una configuración de Europa, no más y sólo como economía social de mercado, sino también como ordenamiento basado en una mayor atención de la persona⁵⁰, precisamente por estar basado en la tutela de los derechos fundamentales. Por otra parte,

⁴⁸ Cfr. Sentencia del TC de 23 de abril de 1985, n. 113, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, pp. 694 y ss.; Auto del TC de 16 marzo de 1990, n. 64, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, pp. 259 y ss.; Auto del TC de 18 de abril de 1991, n. 168, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 1409 y ss, con nota di F. SORRENTINO, “Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili”, pp. 1418 y ss.; sentencia del TC de 11 de julio de 1989, n. 389, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, I, pp. 1757 y ss.

⁴⁹ Véase P. CARETTI, “La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa”, comunicación presentada al Congreso CESIFIN, Florencia, 18 de enero de 2005, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2005, fasc. 2 pp. 371 y ss.

⁵⁰ A. LOIODICE, “L’incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea: Innovazioni nella tutela multilivello dei diritti”, en P. BILANCIA, E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti...*, op. cit, p. 81; A. L. YOUNG, “The Charter, Constitution and Human rights: is this the beginning or the end of human rights protections by Community Law?” en *European Public Law*, vol. II, Kluwer Law International, 2005, pp 219 y ss.; R. ALONSO GARCIA, “The general provisions of the Charter of fundamental rights of the European Union”, en *Law Journal*, vol. 8, n. 4, December 2002, pp. 492 y ss. Sobre el desarrollo de la protección de los derechos humanos y sobre la lógica institucional en la base de la construcción de la *policy* sobre los derechos, véase A. WILLIAMS, “Mapping Human Rights, Reading the European Union”, en *European Law Journal*, Vol. 9, n. 5, December 2003, pp. 659 y ss. Sobre el *bilanciamento* llevado a cabo por el Tribunal de Luxemburgo entre derechos fundamentales y libertades relacionadas con el Mercado, véase J. MORIJN, “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Smidberger and Omega in the Light of European Constitution”, en *European Law Journal*, Vol.12, n.1, January 2005, pp. 15 y ss; J.H.H. WEILER, *European Court of Justice and the question of Value Choice, - Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods*, NYU School of Law, 2004.

los derechos se configuran no sólo como límites al poder (en la Carta), sino también como objetivos de la Unión (ya desde el art. 6 del TUE). Además, el Tribunal podrá hacer valer su jurisprudencia sobre los jueces nacionales, imponiéndoles no sólo que no apliquen leyes contrarias a la normativa europea que desarrolle principios de la Carta, sino también imponiéndoles seguir su jurisprudencia interpretativa sobre los derechos⁵¹.

En este cuadro hay que tener presente la posibilidad de que las personas físicas o jurídicas puedan recurrir ante el TJ en defensa de actos adoptados contra ellos o que les afecten directa e individualmente⁵², y contra actos reglamentarios que les afecten directamente y “que no conlleven ninguna medida de ejecución”, según modificación introducida por el Tratado Constitucional (art. 277). En realidad, hasta ahora, el Tribunal ha interpretado restrictivamente⁵³ la fórmula “directa e individualmente” ya existente en el TUE: si la modificación introducida no permite un recurso por violación de derechos del tipo «Amparo» o «Verfassungsbeschwerde»⁵⁴, no hay duda de que con ella se amplía la posibilidad de control por parte del TJ sobre actos vulneradores de derechos. Considerando que las decisiones del Tribunal son título ejecutivo, se vendría así a configurar un recurso más ágil (aunque limitado a los actos de la Unión o de ella derivados) para la protección de los derechos.

También cabe preguntarse si la teoría de los contralímites de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán sigue siendo válida. Los derechos fundamentales son parte del núcleo duro del constitucionalismo nacional, también porque, como se ha subrayado, constituyen normas de competencia (negativa): “cada decisión sobre los derechos fundamentales es una decisión sobre las competencias del titular de la soberanía, una decisión

⁵¹ Sobre la unidad del sistema jurisdiccional en función de la integración de los ordenamientos puede verse G. MORBIDELLI, “La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento europeo”, en *Annuario 1999, La Costituzione europea, Atti del Convegno annuale*, 1999, Cedam, Padova, p.425. Sobre la nomofilaxis del Tribunal de Justicia como factor “unificador”, incluso del derecho nacional, véase F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell’ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003, pp 283 y ss.

⁵² Sobre la ampliación de la legitimidad activa del particular por parte del Tribunal de Primera Instancia, véase la Decisión de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré et Cie S.S. v. Commissione*, sobre una reclamación de nulidad de los arts. 3 y 5 del Reglamento CE n. 1162/2001.

⁵³ Véase R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 250.

⁵⁴ Sobre el tema véase A. LANG, “Il diritto ad un ricorso effettivo nell’Unione europea”, en P. BILANCIA, E. DE MARCO (coords.), *La tutela multilivello dei diritti...*, op. cit., pp.57 y ss.

sobre el límite de hasta donde se extiende su soberanía⁵⁵ y por ello la jurisprudencia del «Bunderverfassungsgericht» tiene abierta la relación entre la «Grundgesetz» y el derecho comunitario, sobre la base de que el poder de la Comunidad es un poder derivado, fundado sobre leyes de autorización de los Tratados.

En el fondo, el nivel de protección de los derechos (más elevado que los estándares mínimos garantizados por el CEDH) que permite la incorporación de la Carta en el Tratado Constitucional está también vinculado “a la armonía con las tradiciones constitucionales comunes”; leyendo la jurisprudencia del TJ que ha conducido a la elaboración de esta fórmula⁵⁶, “armonía” no se identifica con el mínimo común denominador entre las protecciones constitucionales de los derechos, que sería imposible de alcanzar. Pero en la Carta se especifica también que el alcance e interpretación de los derechos y de los principios se han de tener en cuenta, allí donde haya expresa referencia en los correspondientes artículos, las legislaciones y la praxis nacional. También se prevé la salvaguardia del nivel actualmente ofrecido por parte de los ordenamientos de los Estados miembros, pues ninguna disposición de la Carta podrá ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos reconocidos en las constituciones de los Estados. De ello podría argumentarse que los márgenes para la defensa de la cultura nacional de los derechos, su protección constitucional y la correlativa validez de los contralímites puede seguir siendo válida: habrá que ver si la jurisprudencia del TJ consigue contenerse y la Corte Costituzionale consigue defender el patrimonio nacional de los derechos que pivotan sobre todo el complejo constitucional, a lo mejor, incluso, mediante la recuperación por parte del juez «a quo» de los recursos sobre el control de las normas de desarrollo de las obligaciones comunitarias relativas a los derechos también protegidos por la Constitución, «ex» art. 117.1.c).

6. NUEVAS FÓRMULAS DE INTEGRACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

No hay que olvidar otra forma significativa de protección de los derechos que podría ser definida como “horizontal”, y que deriva de la ampliación de la comunitarización del derecho internacional privado.

⁵⁵ H. HOFFMANN, “I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione europea”, en P. BARCELLONA y A.CARRINO (coords.) *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, Napoli, 2003, p.142.

⁵⁶ Sentencia de 13 de diciembre de 1979, causa C-44/79, *Hauer*, sentencia de 18 de mayo de 1982, causa 155/79, *AM&S*.

El mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales en materia civil, que se acompaña con fórmulas de aproximación de las legislaciones nacionales, lo podemos incluir dentro de la cooperación judicial que, en el Tratado de Ámsterdam, salió del tercer pilar para entrar en el pilar comunitario.

La regulación de la materia ha pasado a ser, a partir de una regulación a través de Convenciones, sometidas a ratificación por parte de los respectivos Parlamentos nacionales, una materia propia del derecho comunitario regulada mediante directivas y, sobre todo, reglamentos del Consejo. Varios Reglamentos comunitarios en importantes materias civiles han supuesto una ampliación del derecho regulado en las Convenciones ya acordadas.

En el año 2000, por ejemplo, un Reglamento comunitario que regulaba la quiebra transnacional imponía el mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales a fin de proteger los derechos de los acreedores del quebrado. Y, todavía más significativo, se han aprobado dos Reglamentos comunitarios en el ámbito del derecho de familia⁵⁷. La circulación interordinamental de la protección de situaciones jurídicas subjetivas en el derecho de familia se lleva a cabo mediante la cooperación judicial y se configura como una protección “equivalente”, transnacional, porque está reconocida y garantizada en todo el territorio europeo. Los «status» del cónyuge, del divorciado, del padre y los correlativos derechos (y obligaciones), la tutela de la custodia del menor garantizadas por las resoluciones judiciales de un Estado miembro podrán hacerse valer en cualquier Estado miembro. En otras palabras, las resoluciones dictadas en un Estado miembro son reconocidas en los restantes sin necesidad de recurso o procedimiento alguno.

El mutuo reconocimiento es un principio extrapolado, en origen, del TJ en relación con el recíproco reconocimiento de legislaciones a fin de garantizar la libre circulación de bienes producidos según la legislación de un Estado miembro⁵⁸. Este principio, que ahora es aplicado, a fin de desarrollar

⁵⁷ Reglamento CE n. 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad paterna, que derogan el Reglamento CE n. 1347 del 2000; sobre el tema véase C. KOHLER, “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto privato internazionale comunitario”, en PICONE (coord.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp.65 y ss.

⁵⁸ CGCE 20 de febrero 1979 *Rewe-Zentral Ag. contra Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein*, causa 120/78, más conocida como el caso *Cassis de Dijon*, sentencia en la que se afirmaba que constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación (art. 30 del Tratado de Roma) la fijación de una graduación mínima para las bebidas alcohólicas –fijada en un Estado miembro- pues con ello se impediría la importación

la libre circulación de personas en la Unión Europea, también a las resoluciones judiciales en materia civil, se basa en la confianza recíproca de los ordenamientos judiciales, en la calidad del derecho sustantivo y procesal de los Estados (la «full faith and credit clause» de la Constitución de los Estados Unidos) y supera, por tanto, las diferentes formas de protección y garantía de los derechos en los ordenamientos estatales⁵⁹.

Por último, hay que subrayar que en la introducción del mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales no se ha adoptado, hasta ahora, el mecanismo que normalmente acompaña a su adopción: la armonización de un marco mínimo de legislación sustantiva y procesal en la materia.

7. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

En conclusión, se puede afirmar que el fenómeno de “ósmosis”⁶⁰ que caracteriza la tutela multinivel de los derechos, por un lado, aparece como un síntoma de deslegitimación de los sistemas políticos constitucionales estatales, puesto que hasta el momento el límite de los derechos se ha

y circulación en ese Estado de bebidas alcohólicas de graduación diferente (inferior) pero producidas legalmente y puestas en circulación en cualquier otro país de la Comunidad. De ahí nace el principio del mutuo reconocimiento de las legislaciones para la libre circulación de mercancías, después explicitada en el Acta Única Europea (AUE).

⁵⁹ Conviene recordar que el susodicho principio ha sido introducido en el ámbito de la cooperación judicial penal, actualmente el tercer pilar que será comunitarizado cuando se ratifique el Tratado Constitucional Europeo y es, por ejemplo, el fundamento de la actual orden de arresto europeo, que ha sido adoptada mediante una decisión marco del Consejo, sin eficacia directa y que requiere ser implementada por el legislador nacional.

⁶⁰ Sobre la ósmosis o “circulación” de las jurisprudencias constitucionales nacionales, sobre todo en materia de derechos, véase la Ponencia que con ocasión del Encuentro celebrado el 21 de abril de 2006 en el Palazzo del Quirinale por los *Cinquanta anni di attività della Corte Costituzionale* pronunció G. ZAGREBELSKY, en www.associazionedeicostituzionalisti.it. Son especialmente significativas las palabras del autor cuando, a propósito de las formas de convergencia de las jurisprudencias constitucionales (nacionales), afirma: “Es natural, cuando los bienes constitucionales se hacen interdependientes e indivisibles, que las justicias constitucionales de cada nivel aspiren a integrarse, si no en una forma institucional supranacional cosmopolítica, que no está en el horizonte y puede que no esté nunca, al menos, en contextos deliberativos comunicantes. La interacción podrá traer, antes o después, una cierta convergencia de resultados. La apertura de las jurisprudencias a recíprocos argumentos no es una moda, una aspiración de profesores, arbitrio respecto de las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia enraizada en la actual vocación de la justicia nacional. Es parte de un proceso de múltiples caras de ‘universalización del derecho’, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico” (S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Università Suor Orsola Benincasa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005).

confiado al sujeto titular de la soberanía. Por otro, la tutela multinivel no excluye que cada sistema nacional esté caracterizado por una mejor tutela de esos derechos fundamentales que constituyen su patrimonio constitucional.

La protección de la mayor parte de los derechos fundamentales, como por ejemplo, la libertad personal, ha nacido en el nivel nacional, forma parte de la tradición cultural y ética de la sociedad nacional, posteriormente ha emigrado a nivel europeo para, después, imponerse en otros países; para otros derechos, como los derechos de los consumidores o el derecho a la protección de los datos personales, la tutela ha surgido a nivel europeo (comunitario) y luego introducida a nivel nacional. Otros derechos, como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, primero se han hecho valer a nivel europeo para después ser asumidos en las protecciones del nivel nacional. Para otros derechos se reconoce la protección acordada en el sistema judicial de un Estado miembro en todo el territorio de la Unión. De este paulatino aumento de la transmigración de garantías seguramente no podrá llegarse a una tutela paneuropea uniforme de los derechos, pero, sí podrá llegarse a una protección más completa a nivel nacional de los derechos (de tradición propia o “importados”) siempre y cuando esta tutela esté dotada de efectividad.

En esta constante interacción cabe imaginar una subsidiariedad entre los distintos sistemas, de forma que uno ayudaría al otro en caso de quiebra de uno de ellos. Pero no podemos ignorar la posibilidad de que surjan momentos de conflictividad entre los sistemas en relación con la limitación de los derechos: cabe preguntarse, por ejemplo, ¿qué pasaría si el Tribunal de Justicia europeo no tolerase algunas limitaciones de derechos reconocidas como legítimas por la Corte Constitucional e impusiese sus decisiones en base a la preeminencia de la legalidad europea?

RESUMEN

Este trabajo se ocupa de la protección multinivel de los derechos, desde la perspectiva italiana, pero aplicable a otros Estados de la Unión, entre ellos España. Se expone la interacción existente en la actualidad entre los sistemas nacional y europeos (Convención y Carta) de protección de los derechos. Se parte de la protección a nivel nacional, para adicionarse luego las garantías europeas; aunque en algunos derechos el proceso ha sido inverso. El resultado de esta “transmigración” de garantías es una protección más completa a nivel nacional. Por otro lado, se sostiene la subsidiariedad de estos sistemas de garantías de forma que uno ayu-

daría a otro en caso de quiebra. En todo caso, queda por resolver en esta tutela multinivel de los derechos la cuestión del hipotético conflicto entre las decisiones de los órganos de garantía en cada uno de los niveles.

PALABRAS CLAVE: Derechos, protección de derechos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Constitucional.

ABSTRACT

This work deals with the multilevel protection of the rights, mainly from the Italian perspective, which can be also applied to other Member States like Spain. The existing interaction among the European (Convention and Bill) and national right protection systems is analyzed. It begins with the protection at the national level, to be extended later with the European guarantees; although in some rights the process has been the opposite. The result of this “transmigration of guarantees” is a more and more complete protection at the national level. On the other hand, the subsidiarity of these systems of guarantees is maintained, in order to help each other in case of breaking. In any case, it is to solve about this multilevel right protection the question of the hypothetical conflict between the decisions of the organisms which must guarantee the rights in each one of the level

KEY WORDS: Rights, right protection, European Court of Human Rights, Constitutional Court.