

SISTEMA INTEGRADO DE FUENTES Y SISTEMA INTEGRADO DE INTERPRETACIONES EN LA PERSPECTIVA DE UNA EUROPA UNIDA*

Por ANTONIO RUGGERI**

SUMARIO

1. ¿CUÁL ES EL SENTIDO Y LA MEDIDA DE LA INTEGRACIÓN, EN EL PLANO DE LAS RELACIONES INTERORDINAMENTALES?—2. IDENTIDAD NACIONAL E IDENTIDAD EUROPEA CONFRONTADAS, EN PERSPECTIVA AXIOLÓGICAMENTE ORIENTADA, Y SUBSANACIÓN DE LAS ANTINOMIAS INTERORDINAMENTALES, REHUYENDO DE LA IDEA PRECONCEBIDA DE QUE SE DEN LÍMITES O CONTRALÍMITES DE CUALQUIER CLASE ABSTRACTAMENTE Y HACIENDO MÁS BIEN APLICACIÓN DE LA «LÓGICA» DE LAS PONDERACIONES EN RAZÓN DE LOS CASOS Y SEGÚN EL VALOR.—3. SIGNOS DE INTEGRACIÓN Y SIGNOS DE SEPARACIÓN, CON ESPECÍFICA CONSIDERACIÓN RESPECTO A MODOS Y FORMAS DE SU APARICIÓN EN LAS EXPERIENCIAS PROCESALES GENERALES (Y DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR).—4. ESTRUCTURA DE LOS ACTOS NORMATIVOS, COMPOSICIÓN DE LOS MISMOS EN PROCESOS PRODUCTIVOS COMPLEJOS, INTEGRACIÓN

* Texto reelaborado y acompañado por una bibliografía esencial de una relación en el encuentro de estudio sobre *Il sistema integrato delle fonti*, organizado por el *Consiglio Superiore Della Magistratura, Reggio C.* 30 de abril de 2010. El escrito es deudor, con ulteriores precisiones y desarrollos, de algunas reflexiones que llevo haciendo desde años respecto al tema de las relaciones entre ordenamientos (y entre Tribunales) y que recientemente se han plasmado en mi *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, ponencia en el *Convegno del Gruppo di Pisa* que lleva por título *Corte Costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 de junio de 2010, en www.gruppodipisa2010.it.

** Antonio Ruggeri es Catedrático de Derecho Constitucional y *Prorettore* de la Universidad de Mesina (Italia). Ha sido Director del Departamento de Ciencias Iuspublicísticas «T. Martines» de la misma Universidad, componente de la Directiva de la Asociación Italiana de los Constitucionalistas y Presidente del «Gruppo di Pisa», una asociación compuesta por más de 350 constitucionalistas italianos y extranjeros. Es codirector de la *Rivista di diritto costituzionale*. Ha sido invitado como profesor visitante en muchas universidades extranjeras y ha dado conferencias en más de 150 congresos científicos nacionales e internacionales. Asimismo, es autor de unas 400 publicaciones científicas, 60 de las cuales son monografías.

INTERORDINAMENTAL.—5. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (CEDH) Y SUS NO DESCARTABLES OSCILACIONES ENTRE LA PERSPECTIVA FORMAL-ABSTRACTA Y LA PERSPECTIVA AXIOLÓGICO-SUSTANTIVA DE ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO.—6. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (CEDH) Y SUS POSIBLES ADAPTACIONES, POR EFECTO DE LA APLICACIÓN DE LA LÓGICA DE LOS EQUILIBRIOS ENTRE TODOS LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES, EN SU HACER «SISTEMA».—7. CONFLICTO ENTRE DECISIÓN CONSTITUCIONAL Y DECISIONES EUROPEAS.—8. ¿DEMASIADAS CARTAS Y DEMASIADOS TRIBUNALES? ALGUNOS «CASOS DIFÍCILES» DE INTERFERENCIA, EN EL ÁMBITO DE TUTELA DE LOS DERECHOS.

RESUMEN

En primer lugar el artículo analiza el significado de la expresión «integración europea» y el grado que la misma ha alcanzado, poniendo en evidencia cómo la verificación permite llegar a resultados reconstructivos diferentes según se desarrolle en el plano de la teoría de las fuentes o en el de la teoría de la interpretación. Con la ayuda de ejemplos muestra, además, más allá de toda apariencia en sentido contrario, cómo la integración alcanzada entre los Estados en el seno de la Unión europea está, en muchos aspectos, aún más avanzada que la lograda en el interior de los propios Estados. Igualmente, muestra que las relaciones que los Estados tienen con el Derecho de la Unión y con la Convención Europea de Derechos Humanos, respectivamente, presentan fuertes convergencias en el terreno específico de la tutela de los derechos fundamentales. Un terreno en el que las diferencias entre las fuentes, según la forma, se reducen hasta una sustancial disolución. La Constitución nacional, la Carta de Niza-Estrasburgo y la mencionada Convención están naturalmente destinadas a converger recíprocamente, hasta integrarse e identificarse la una con la otra, especialmente en los procesos interpretativos y aplicativos, sin ningún orden pre-constituido, sino considerando únicamente el objetivo de garantizar la tutela más intensa de los intereses en juego, a la luz del valor «supraconstitucional», innegociable, de la dignidad de la persona humana y en relación a las exigencias de cada caso. Y en esto se fundamenta la conclusión según la cual los conflictos entre los pronunciamientos de los Tribunales Europeos y los de los jueces nacionales (incluido el Tribunal Constitucional) han de resolverse aplicando la técnica de la ponderación y del criterio de la tutela óptima, según las condiciones objetivas contextuales. Sin embargo, quedan todavía algunos casos difíciles de conflictos entre los tribunales, a cuya descripción específica dedica el trabajo su última parte.

Palabras clave: Integración europea; Relaciones entre Tribunales; Conflictos entre sentencias.

ABSTRACT

The article first analyses the meaning of the expression «European integration» and the degree to which it has been achieved. This exercise leads to different results depending on whether it is done according to the theory of sources or the theory of interpretation. Using examples, the author shows that, despite all appearance to the

contrary, the integration achieved amongst the states within the European Union is in many aspects further advanced than the integration achieved within the states themselves. It also shows that the states' relations with EU law and with the European Convention on Human Rights present strong convergences within the specific realm of protecting fundamental rights. This is a realm in which the differences between the sources, depending on the form, are reduced until they are substantially dissolved. The natural destiny of the national constitution, the Nice-Strasbourg Charter and the Human Rights Convention is reciprocal convergence. In the end they could thus be integrated to a degree in which they are identified with each other, especially in terms of their interpretation and application, without any pre-constituted order. The process of interpretation would consider simply the objective of guaranteeing the most intense protection of the interests at stake, in the light of the un-negotiable «supra-constitutional» value of personal human dignity and with regard to the requirements of each case. The conclusion of this analysis is that conflicts between the pronouncements of the European courts and those of the national judges (including the Constitutional Court) must be resolved by weighting techniques and the criterion of optimum protection, according to objective contextual conditions. However, there are still some difficult cases of conflicts between courts, which are described in greater detail in the final part of the article.

Key words: European integration; relations between courts; conflicts between rulings.

1. ¿CUÁL ES EL SENTIDO Y LA MEDIDA DE LA INTEGRACIÓN, EN EL PLANO DE LAS RELACIONES INTERORDINAMENTALES?

La integración entre los ordenamientos sigue todavía hoy, aunque se reconozca como particularmente avanzada (especialmente en el frente europeo), constituyendo una especie de objeto misterioso. Se discute al respecto —como es sabido— en muchas sedes, con variedad de desarrollos argumentativos y de acentos, sin que sin embargo se registre un substancial acuerdo ni sobre el diagnóstico ni sobre la terapia que hay que utilizar para ponerla en la vía correcta y hacerla fluir linealmente hacia la meta. Y verdaderamente puede ser observada, como de hecho se hace, desde perspectivas sensiblemente distintas, con el resultado de llegar a conclusiones diferentes, y en ciertos casos opuestas entre ellas. De hecho, nadie hasta hoy ha conseguido —en mi opinión— indicar un metro útil con el que «medirla», aunque sea de forma muy aproximada, por lo menos con el fin de establecer cuánto camino se ha recorrido y cuánto queda por recorrer con vistas a su completa maduración.

Digamos que se procede por intuición o a tientas, poniendo cada paso dado en relación al inmediato precedente (o, incluso afinando más, con los más cercanos), para concluir si el paso era hacia adelante o hacia atrás, sin que esté claro cuál es el punto de referencia que permita fundamentar una u otra calificación.

Permaneciendo en el amplio ámbito de las investigaciones desarrolladas con los métodos y los instrumentos típicamente utilizados por los juristas (excluyendo por lo tanto otras investigaciones, igualmente interesantes y complementarias a las que aquí consideramos), a mi manera de ver son dos los planos sobre los que conviene principalmente ambientar el análisis, cultivados, respectivamente, por la teoría de las fuentes y por la teoría de la interpretación, pero esto no excluye que haya otros planos, también valiosos, a los que se pueda recurrir¹. Los estudios usuales utilizan ambos, mostrando cierta predilección por el primero —como trataré de demostrar—. Sin embargo, aconsejaría al respecto rehuir algunas teorías establecidas, aunque sugestivas (pero pre-orientadas), susceptibles de imprevisibles recaídas en la práctica, especialmente en la judicial (a la que se prestará atención prioritaria). La verificación, por lo tanto, tiene que ser desarrollada en todos los ámbitos y sin ninguna admisión o exclusión pre-judicial.

Piénsese, por ejemplo, en la idea según la cual la integración que hoy es posible registrar entre los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión, por efecto de la adhesión a la misma Unión y de la consiguiente sujeción a los vínculos que de ella derivan, sería menos intensa que aquella que podemos encontrar dentro de los ordenamientos nacionales, aunque sólo sea por el hecho de que en éstos hay una Constitución, entendida como el punto de unificación-integración de las dinámicas institucionales que se desarrollan en el ámbito interno, una Constitución que todavía hoy no existe, y que ni siquiera se sabe si existirá, en el ámbito de la Unión².

Una tesis, ésta, ampliamente y, más bien, casi universalmente acreditada, que, sin embargo, asume como punto de partida propio el *id quod demonstrandum est*, constituyendo por un lado objeto de controvertidas evaluaciones la existencia, aquí y ahora, de una «Constitución» europea, di-

¹ Piénsese, por ejemplo, en las indicaciones que podrían obtenerse en aplicación —con las debidas adaptaciones— de los esquemas usualmente adoptados al plano político-institucional, con específico interés en el encuadramiento de las dinámicas que connotan la forma de gobierno y, más concretamente, la forma de Estado. De hecho, son evidentes (y destacadas comúnmente) las mútuas implicaciones que pueden encontrarse en los eventos de la formación y de la jurisdicción, por un lado, y los pasos de las experiencias de la dirección política (con las inmediatas repercusiones que en el ámbito europeo tienen respecto al *déficit* democrático), por otro. De todo esto, sin embargo, no es posible hablar en este momento.

² No hay dudas respecto al hecho de que el oscuro fin del tratado constitucional y su substitución con el más «modesto» tratado de Lisboa, dentro del cual han sido eliminados, de forma estudiada, todos los símbolos de una, aunque inmadura, «constitucionalización» de la Unión, haya traído (y siga trayendo) agua al molino de los que niegan que hoy se dé o pueda darse, en breve, una Constitución y un derecho constitucional de la Unión. A su vez, además, el *Lissabon Urteil* ha empeorado las cosas, alimentando la sensación de que el proceso de integración (y, por lo tanto, de «constitucionalización») pueda ser empujado más allá del umbral alcanzado en Lisboa.

gamos mejor de una Europa en construcción, o incluso de una Europa ya construida³; por otro lado, admitido además (pero no establecido) que una Constitución todavía hoy no se dé⁴, queda aún por aclarar que la Constitución misma exprese una capacidad de agregación mayor de las de otros actos o hechos fundamentadores de un ordenamiento dado (en este caso, del ordenamiento europeo)⁵. Y después, y sobre todo, hay que preguntarse desde qué perspectiva y con cuáles instrumentos conceptuales y operativos pueden apreciarse completamente los hechos de «integración»⁶. Si, por ejemplo, se dirige la atención —como aquí se hará específicamente— a las formas de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, parece que habría que concluir que, en algunos aspectos, la garantía resulta aún más intensa en el ámbito internacional y supranacional (y, marcadamente, ante la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de la Unión Europea) de aquella que, en cambio, puede tenerse ante los jueces internos (Tribunales constitucionales incluidos).

Lamentablemente, aquí no existe la posibilidad de hacer una comparación adecuada (algo que requeriría una investigación específica)⁷. Me li-

³ Todo lo cual, nos pone en la difícil cuestión teórica relativa a la licitud de discutir, de forma adecuada, sobre una «Constitución» —término que evoca la idea de la estabilidad, de lo que ya está «constituido» justamente por el efecto de la... *Constitución*— respeto a un ordenamiento *in progress* (recuérdese, por ejemplo, la definición dada por el República federal alemana a su *Grundgesetz*, no obstante la vinculación al hecho histórico de una reunificación anhelada, por lo tanto sin prejuicio por el carácter «constitucional» del ordenamiento federal).

En el plano de la reconstrucción teórico-general, no se debe descuidar la advertencia de aquella sensible doctrina que desde hace tiempo, con argumentos oportunos, ha revelado ser *in nuce* la Constitución, más que un *acto*, un *proceso*, sujeto como tal a un incesante devenir [por todos, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero Della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, en *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.].

⁴ Algo que, de toda evidencia, reenvía a la más general cuestión de lo que *hace* y de lo que *es* una «Constitución», al respecto —como es sabido— la doctrina se encuentra en su interior dividida, *ab antiquo*.

⁵ La teoría constitucional no toma en consideración la idea que pueda haber fuentes dotadas de capacidad de unificación-integración ni siquiera comparables con la propia de la Constitución. Sin embargo, como se trata de mostrar ahora, aunque no sea con las necesarias profundizaciones, esta idea debe echar cuentas con el presente contexto marcado por una avanzada «constitucionalización» del derecho supranacional y del mismo derecho internacional, al mismo tiempo en el que el ordenamiento constitucional, por su parte, se «internacionaliza» o —podría decirse con un término nuevo— se «supranacionaliza». Creo que, tarde o temprano, habrá que saldar estas cuentas.

⁶ A propósito de esto, puede verse, si se quiere, mi *Cinque paradossi (... apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed eur.*, 2/2009, 533 ss.

⁷ Respeto a los mecanismos de garantía previstos en los dos Tribunales europeos, un cuadro de síntesis puede observarse ahora en O. POLLICINO - SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva Della giustizia costituzionale*, en www.forumcostituzionale.it.

mito por lo tanto a dirigir, tan solo por un momento, la atención sobre un par de puntos, reenviando a otras sedes y ocasiones las necesarias profundizaciones. Considérese, por lo tanto, la circunstancia según la cual las «zonas francas» o —como también han sido llamadas, con mayor difusión— las «zonas de sombra» de la justicia constitucional⁸, donde más o donde menos encontrables (y, en concreto, en Italia bastante extendidas), parecen, al menos desde ciertos puntos de vista, ser menos evidentes dentro de la Unión, con referencia, bien a las modalidades del acceso y a los sujetos para ello legitimados, bien a las modalidades del control y a los efectos a los que el mismo da lugar. Esto, pues, parece traducirse en una tutela de los derechos más eficaz, de la, si bien para nada despreciable, prevista en el ámbito nacional por parte de los jueces ordinarios. A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos, por el hecho de poderse acudir a ella cuando se hayan manifestado improductivos los remedios jurisdiccionales de Derecho interno, constituye un recurso ulterior para el amparo de los derechos (más adelante se hablará de los efectos producidos por los fallos de dicha Corte, también por lo que se refiere a objetos cubiertos en el ámbito nacional por la cosa juzgada).

Ahora bien, si se está de acuerdo respecto al hecho de que el reconocimiento de los derechos, junto con la separación de poderes, hacen (o mejor, son) la «Constitución», según la afortunada fórmula de la declaración de 1789, parecería muy difícil, por lo menos en este plano, obtener una confirmación de la idea fruto de la tradición jurídica, mencionada arriba, en materia de integración.

La observación de las dinámicas de la normación parece reforzar aún más esta impresión, avalando más la tesis según la cual la integración detectable en el plano de las relaciones interordinamentales (particularmente entre Estados pertenecientes a la Unión) sería mayor de la existente en el ámbito de las relaciones intraordinamentales. Esto por una razón elemental, y muy evidente, que consiste en el hecho de que los instrumentos de integración utilizados en el ámbito interno, en desarrollo y al servicio de las, por lo demás, bastante escasas indicaciones constitucionales, no poseen la fuerza que es propia de los análogos instrumentos de los que dispone la Unión: allí, de hecho, el arma más poderosa, cotidianamente activable, sigue siendo la ley común (y los actos equiparados a ésta), con los límites estructurales a los que ésta sigue estando sujeta; aquí, al contrario, se asis-

⁸ Recuerdo, con este título, algunas investigaciones no muy antiguas llevadas a cabo por iniciativa del *Gruppo di Pisa* (vid. AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, R. BALDUZZI y P. COSTANZO (ed.), Turín 2007 y *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, R. PINARDI (ed.), Turín 2007).

te a la puesta en juego de actos de fuerza —que a mí me gusta llamar— «paraconstitucional», que es propia de los actos de la Unión (y no sólo de aquellos propiamente normativos sino también —como es sabido— de los jurisdiccionales).

Ninguna ley estatal puede asumir para sí las competencias reservadas a las leyes regionales, obligando a estas últimas a respetar a las primeras con la misma fuerza con la cual, por ejemplo, un reglamento de la Unión es capaz de vincular a su observancia a las mismas leyes, a todas las leyes, estatales y locales.

Claro, la verificación debería extenderse luego a los singulares campos materiales de experiencia, procediendo por cada uno de ellos a medir la capacidad de excavación —si así puede decirse— exhibida por los actos adoptados con finalidad de integración, su actitud a desplegarse en horizontal y a impulsarse verticalmente, más o menos al fondo, expresando vínculos de diversa (pero relevante) intensidad⁹. Todo ello es algo de lo que, como puede entenderse, no se puede hablar aquí. Pero sí se puede (y se debe) decir, aunque sólo sea de paso, que tanto a nivel de la Unión como a nivel estatal no faltan las llamadas materias «no materias», como han sido felizmente llamadas¹⁰, es decir, las competencias «transversales», idóneas para cruzar cualquier campo de experiencia y para dejar una marca, más o menos acentuada, de su presencia, así como puede (y debe) admitirse el ejercicio «subsidiario» de competencias abstractamente situadas en planos inferiores, un ejercicio que llevándose a planos más altos puede jugar justamente a favor de la Unión, evidenciando su total capacidad de atracción y de integración ciertamente no inferior a la exhibida por el Estado en su relación con las autonomías.

No persisto más sobre este punto, que —como hace poco quería poner en evidencia— requeriría muchas más profundizaciones.

La tesis de fondo que quisiera aquí argumentar es que la imagen de la integración ofrecida por la teoría de las fuentes (por lo menos, por cierta teoría de las fuentes, de inspiración formal-abstracta, hoy en día ampliamente difundida) no corresponde en cambio a aquélla que nos ha sido entregada por la teoría de la interpretación (aquí también, por cierta teoría de la interpretación); y se trata entonces de preguntarse cuál de ellas sea la más «verdadera» o —por lo que a mí más me importa— la más útil a la práctica jurídica y a

⁹ No hay duda de que la estructura nomológica de los actos, es decir la red a veces más y a veces menos amplia de lo que están hechos sus enunciados, se traduzca en una igual variada intensidad prescriptiva de los mismos, junto al rol y a la importancia reconocible a hechos de contexto político-institucional (y aún a otros).

¹⁰ Remito aquí a una etiqueta que ha tenido fortuna especialmente después de los estudios de A. D'Atena, del cual vid. particularmente, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in c., 1/2003, 15 ss.

sus exigencias¹¹. En realidad, como me esforzaré en mostrar, la misma teoría de las fuentes, objeto de un replanteamiento global crítico, puede converger en los mismos resultados de la teoría de la interpretación, consintiendo la una y la otra apreciar el grado de integración ya alcanzado en el plano de las relaciones interordinamentales, evidenciando, sin embargo, al mismo tiempo la necesidad de impulsar la integración misma hacia ulteriores, substanciales adquisiciones; todo lo cual es, a mi manera de ver, ya hoy posible (es más, es un deber), aprovechando hasta el fondo los recursos de los que los operadores (y, en particular, los jueces) disponen, dirigiéndolas y sometiénolas al servicio de los derechos.

2. IDENTIDAD NACIONAL E IDENTIDAD EUROPEA CONFRONTADAS, EN PERSPECTIVA AXIOLÓGICAMENTE ORIENTADA, Y SUBSANACIÓN DE LAS ANTI-NOMIAS INTERORDINAMENTALES, REHUYENDO DE LA IDEA PRECONCEBIDA DE QUE SE DEN LÍMITES O CONTRALÍMITES DE CUALQUIER CLASE ABSTRACTAMENTE Y HACIENDO MÁS BIEN APLICACIÓN DE LA «LÓGICA» DE LAS PONDERACIONES EN RAZÓN DE LOS CASOS Y SEGÚN EL VALOR

La teoría de las fuentes, por el uso de ella que comúnmente se hace en sus aplicaciones en las relaciones interordinamentales, muestra que los mismos ordenamientos no están del todo «separados» ni, por el contrario, integrados de pleno (u óptimo) derecho. La misma teoría, además, advierte de la necesidad de distinguir tipo por tipo de relación, los resultados reconstructivos a los cuales se suele llegar en el ámbito de las relaciones con la Unión, pareciendo sensiblemente distintos de los que caracterizan las relaciones en el marco de la Comunidad internacional (por lo que aquí importa específicamente, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al que tan sólo referiré mi atención).

Hay un punto de observación privilegiado de estas experiencias, por otra parte muy conocidas, a las que no es necesario hacer ahora una puntual referencia; y es el de la justicia y de la jurisprudencia constitucional y de las calificaciones que en ella ya han arraigado. Uno de los índices más seguros del grado hoy en día avanzado de integración alcanzado en el campo de las relaciones con la Unión es el mecanismo de aplicación directa del Derecho comunitario o —como considero más correcto llamarlo— euro-unitario¹², un mecanismo obligado a detenerse —como es sabido— tan sólo

¹¹ Sigo, de hecho, aficionado al enseñamiento de un Maestro de la sede universitaria en la cual me formé y opero, S. PUGLIATTI, quien solía decir que el derecho o es «ciencia práctica» o, simplemente, no es (del autor ahora mencionado vid., en particular, el escrito *La giurisprudenza come scienza pratica*, en *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1950).

¹² He propuesto recurrir a esta nueva etiqueta en mi *Dimensione europea Della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, en www.federalismi.it, 24/2009, que además está

en caso de enfrentamiento con los principios fundamentales del ordenamiento interno. Un límite este último, que —de admitir que se dé¹³— no constituye, de por sí, una prueba de la existencia de un umbral intransitable de la integración misma: resultando —según la opinión común— los principios de los que hablamos indisponibles por parte de los mismos actos de Derecho interno, hasta para aquéllos que expresan el máximo grado del poder de producción normativa, las leyes de revisión constitucional, si fuera correcto el silogismo enunciado arriba, el resultado debería ser que la misma integración interna sería, fatalmente, incumplida. Más bien, es justo lo opuesto, la existencia de límites a la innovación positiva, confirmando la permanente capacidad de resistencia, de integración, expresada por la Constitución: una capacidad que tiene su razón de ser, cuyo fundamento se sostiene sólidamente en la fuente en la que encuentra alimento, en los valores fundadores del ordenamiento, en nombre y al servicio de los cuales ella tiene modo de plasmarse en la experiencia y transformarse en hechos tangibles, inatacables, de cohesión.

Más bien, hay que decir que es justamente en este ámbito, el de los valores y las formas de su concreción, que puede apreciarse una vez más el diferente grado de integración detectable, respectivamente, en el plano de las relaciones interordinamentales y en el de las relaciones intraordinamentales. En este último, de hecho, hasta ahora los principios han demostrado ser, en conjunto, todavía vitales, efectivos, por ejemplo poniéndose en no pocas ocasiones como parámetro de los juicios sobre las leyes¹⁴, en el primer plano, en cambio, la circunstancia por la cual los contralímites nunca se han hecho valer por nuestro juez constitucional (y solo de forma excepcional por otros jueces¹⁵) constituye una ulterior, y un testimonio muy significativo de la voluntad de no interponer obstáculos al prepotente avance del Derecho supranacional en el ámbito nacional. Una especie de tácito pacto parece que haya sido suscrito por los jueces comunes y la

en curso de impresión en *Dir. Un. Eur.*; veo también que está utilizado por R. CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, en www.federalismi.it, 10/2010.

¹³ Lo cual, en realidad, requiere un discurso articulado que, en sus términos esenciales, se hará a momentos.

¹⁴ Sin embargo queda todavía por demostrar cuál sea la verdadera medida de penetración de los principios fundamentales en el tejido social y normativo, más allá del hecho de que se hagan valer en las experiencias procesales (y, particularmente, en las de la justicia constitucional), ante los muchos signos de los que lamentablemente disponemos que parecen más bien dibujar la imagen de un País a día de hoy no del todo apaciguado, reunido alrededor de valores difundidamente e intensamente advertidos, aunque no compartidos por todos, y —lo que más importa— idénticamente entendidos y practicados.

¹⁵ Muy célebre —como es sabido— es una decisión del *Consiglio di Stato* de 2005 que ha evocado por primera vez (y última hasta hoy) los contralímites.

Corte Costituzionale, los unos no remitiendo a la otra cuestiones de constitucionalidad por (la supuesta) superación de los contralímites, y la Corte, a su vez, no alentando de oficio (ni como juez *a quo* ni como juez *ad quem*) la violación por parte de actos de la Unión (incluidas las sentencias del Tribunal de justicia).

Muchos ven en los contralímites la última huella de una identidad constitucional que parece definitivamente perdida, y por ello de una soberanía estatal, axiológicamente connotada¹⁶, ella también en vía de superación, si es que no del todo superada.

Ahora bien, si es verdad que la identidad y la soberanía en cuestión pueden apreciarse únicamente en cuanto efectivas, es decir, capaces de hacerse valer en la experiencia, entonces habría que concluir que, no habiendo sido denunciada nunca la violación de las dos por parte del derecho eurounitario, hay que considerarlas vivas y sanas. Se trataría, no obstante, de una conclusión muy precipitada, que descansa sobre las débiles bases de una experiencia discutida y objetivamente discutible. El mismo relieve que lleva —con una buena dosis de ingenuidad (o, por contra, de excesiva, descubierta malicia...)— a reconocer la integridad de la Constitución en su esencia de valor puede, desde otra perspectiva, llevar a la conclusión opuesta: que la identidad y la soberanía nacional estén ya (tal vez definitivamente) comprometidas, justamente por el hecho de que no haya habido ni un solo caso en el que, en su nombre, se haya detenido la penetración en el ámbito interno del Derecho de la Unión.

A decir verdad, en mi opinión, no se encuentra aquí el nudo de la entera cuestión de la que ahora se vuelve a debatir: no lo es, a la luz de las experiencias maduradas hasta hoy, y tampoco lo es a la luz de las que podrían madurar, dentro de poco, como consecuencia de la ya acontecida entrada en vigor del tratado de Lisboa.

Hay que subrayar, antes de todo, la parcialidad de la perspectiva comúnmente adoptada y que está en la base de la reconstrucción teórica sintéticamente enunciada arriba. Tal y como me he esforzado de mostrar en otras ocasiones, es reductivo y, es más, tendencialmente incorrecto enganchar a los contralímites la identidad constitucional o la soberanía del Estado, ambas observadas en su núcleo de valor mayormente expresivo. Los contralímites, de hecho, constituyen una categoría teórica, además de prácticamente inconsistente —como se ha podido ver— afligida —a mi juicio—, por una contradicción interna insubsanable. Y esto se debe a la elemental razón de que la abertura al derecho que tiene origen externo (in-

¹⁶ Una propuesta teórica con el objetivo de entender el *quid proprium* de la soberanía en su ponerse como «soberanía de valores» está en los estudios de G. SILVESTRI, ahora reunidos en *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Turín 2005.

ternacional y supranacional) no es otra cosa que uno de nuestros principios fundamentales, y como tal connotativo, en igual medida que los demás, de nuestra identidad constitucional. Y entonces imaginar que el artículo 11, en el cual —como es sabido— está ya universalmente reconocido el título de la *primauté* del derecho de la Unión, tenga que someterse por sistema ante los otros principios fundamentales equivale a introducir una jerarquía entre los mismos, lo que consistiría en una negación de la «fundamentalidad» del principio fundamental del que se desiste.

Para entendernos. Las jerarquías se hacen y se deshacen continuamente, en razón de los casos y en vista de la consecución, para cada uno de ellos, de la síntesis axiológica más óptima, es decir, que propicie que la Constitución dé siempre lo mejor de sí. Otra cosa es, sin embargo, que la paz y la justicia entre las naciones estén obligadas a ceder en un caso (si se quiere, en muchos casos) y otra cosa que tengan que ceder siempre por sistema.

Añádase además, que, por un lado, las mismas normas de la Unión podrían parecer a veces no respetuosas de la paz (por ejemplo, en cuanto contrarias a los tratados, sin que esto haya sido sustituido o lo sea en el momento en que las normas se introduzcan en el ámbito interno y se cuestionen su posible aplicación), mientras, por otro lado, también normas internas podrían (¿por qué no?) reclamar cobertura en el mismo artículo 11. Añádase, además, que —más allá de la cobertura ofrecida por la disposición constitucional que acabamos de enunciar— también otros principios podrían evocarse en el ámbito de la protección del Derecho eurounitario (en particular, por lo que se refiere a la salvaguardia de los derechos fundamentales, aquellos definidos en los artículos 2 y 3 de la Carta Constitucional). Finalmente, por lo que atañe de modo específico al plano de las perspectivas abiertas por el Tratado de Lisboa, no puede descuidarse la circunstancia constituida por la llamada «europeización» de los contralímites, como se ha definido en otro lugar, llevada a cabo por el artículo 4 de dicho tratado (en su versión consolidada). Esto demuestra además la complejidad de la relación existente entre la identidad constitucional nacional y la identidad de la Unión: distintas, sí, no teniendo de otro modo sentido alguno el principio del reconocimiento de la primera por parte de la misma Unión¹⁷, pero también integradas, indivisiblemente unida la una a la otra y mancomunadas por un mismo destino, la incisión de la identidad del Estado (atención: del solo Estado, no necesariamente de las «tradiciones constitucionales comunes» a los Estados miembros) conmutándose en incisión de la identidad de la Unión, por el hecho de la subsunción de la primera en uno de los principios que caracterizan la segunda.

¹⁷ Que no podría declarar de querer prestar respeto a ...*sí misma*.

Hay más. Los valores de los que está hecha la identidad constitucional del Estado —es éste, en mi opinión, el signo mayormente expresivo del llamamiento operado por el artículo 4 a los principios estructurales de los ordenamientos nacionales— no forman parte de los elementos que componen la identidad de la Unión únicamente en virtud del mero hecho «técnico» del reenvío contenido en dicha disposición. Este reenvío, de hecho, tiene un sustrato substancial (o, mejor, axiológico-substancial) sobre el que descansa y en el que se mantiene, que es dado por el proceso osmótico de alimentación mutua existente entre los principios constitucionales de cada Estado, sea *inter se* sea con los principios de la Unión, los cuales, además —como es sabido—, son parte integrante de las «tradiciones constitucionales comunes», que acabamos de mencionar. Entre estas últimas y las tradiciones constitucionales de cada Estado, en conclusión, sí puede haber distinción, con el límite de que las primeras no se identifiquen completamente con las segundas, pero hay (sobre todo) identificación, identidad por tanto. El obsequio que la Unión se compromete a prestar a las tradiciones propias de cada ordenamiento estatal no tendría sentido si las tradiciones mismas pugnarán o se mostraran, como si no estuviesen en armonía con las tradiciones comunes y, de resultas, con los principios estructurales de la Unión, vistos en su unidad sistemática.

La conclusión de este razonamiento es que cada vez que haya una antinomia entre las normas de uno o de otro ordenamiento y se demuestre la cobertura a unas y otras normas ofrecidas por los principios fundamentales de las Cartas Constitucionales (aunque fuera por un sólo principio, en este caso obligado de forma contranatural a oponerse a... *sí mismo*), la «lógica» que preside su superación no puede ser otra que la propia de la confrontación entre bienes de igual grandeza, es decir la de la ponderación, según los casos. Una ponderación que está necesariamente orientada hacia (y a quedarse establemente) lo que a mis ojos parece el único, verdadero «superprincipio», la *Grundnorm*, que es al mismo tiempo el *Grundwert* del ordenamiento, la dignidad de la persona humana¹⁸. Luego todo ello, lleva al efecto de no considerar el Derecho eurounitario del que se

¹⁸ De la dignidad como valor «superconstitucional» hablan A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, en *Pol. Dir.*, 1991, 343 ss.; califica la dignidad como la balanza sobre la cual se efectúan las ponderaciones entre los bienes constitucionalmente protegidos G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it; por otro lado, la considera de contrapeso M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, G. BRUNELLI-A. PUGLIOTTO-P. VERONESI (ed.), Nápoles, 2009, 1060 ss.; finalmente, sobre la dignidad como fuente de todos los derechos, vid. ahora, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dignità Della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, www.forumcostituzionale.it.

parte sujeto al respeto de los derechos fundamentales, casi como si el principio en que ostenta cobertura fuera hijo de un Dios menor, y, sin embargo, al mismo tiempo, de no considerarlo ni siquiera preeminente, siempre y sin excepción, respecto a cada norma de Derecho interno diferente de los principios antes mencionados.

El partido está entonces abierto cada vez a cualquier final posible, ya que no se podría juzgar ninguna norma en abstracto como prevalente o recesiva: nada de hecho puede decirse al respecto *in vitro* sino solo *in vivo*, en relación a los casos y a las variables combinaciones de los intereses en juego, según el valor.

La cuestión de la eventual, aunque remota, superación de los contra-límites por parte de alguna norma de la Unión merece por lo tanto, en mi opinión, ser redimensionada: aunque se verificase esta situación, se asistiría a una conclusión que sería ni más ni menos que una ponderación de orden axiológico, tal y como ocurre una cantidad innumerable de veces en el ámbito interno. La única nota destacable es que, en un caso, las ponderaciones quedan dentro del marco del ordenamiento nacional y en el otro se dan en el plano de las relaciones interordinamentales. Sin embargo nadie, justamente, tiene pánico ante una norma nacional —tanto si se anula como si hay que aplicarla— en el caso en que, por ejemplo, resulte lesiva del principio de igualdad y, al mismo tiempo, servidora de otro principio, por el temor de que, en un caso o en otro, pueda darse la disolución del orden constitucional y, por tanto, la creación de un nuevo orden connotado por una discontinuidad axiológica respecto al primero; y nadie entonces tiene que temer nada si hay una eventual detención a la aplicación de una norma de la Unión que lleve a la misma conclusión, según lo que se dirá aún mejor dentro de poco.

Esta conclusión me parece relevante por lo menos bajo dos perfiles: ante todo, en el plano de la teoría constitucional, mostrando que ninguna graduación puede hacerse axiomáticamente, aunque sea en perspectiva, entre Constitución nacional y Constitución europea; y esto —como hemos visto— adoptando precisamente como ángulo visual el nuestro, el de nuestra Constitución, que se realiza plenamente, en cada uno de sus principios y en todos ellos juntos y en igual medida, en su hacer el «sistema» axiológicamente cualificado, sólo en el momento en que ninguno de ellos se vea sofocado por los demás, buscando todos más bien las formas de una «apacible» y «equilibrada» composición. Lo que no excluye que puedan darse coyunturas que a la hora de verificarse uno o más principios puedan encontrarse bajo *stress* al enfrentarse con otros, preeminentes según los casos, dándose sin embargo la oportunidad de volver a hacerse valer en coyunturas distintas, por lo tanto sin apriorística preclusión o exclusión. En segundo lugar, en el plano de la relación entre los Tribunales, ningún juez

puede jactarse de la demente pretensión de ser el único o el último depositario de verdades irrefutables de Derecho constitucional. Como tendremos la oportunidad de decir dentro de poco, este resultado tiene particular relevancia por que lo que atañe a los eventuales conflictos entre sentencias, que al fin y al cabo no son nada más que conflictos entre valores, en algunas de sus particularmente expresivas manifestaciones.

3. SIGNOS DE INTEGRACIÓN Y SIGNOS DE SEPARACIÓN, CON ESPECÍFICA CONSIDERACIÓN RESPECTO A MODOS Y FORMAS DE SU APARICIÓN EN LAS EXPERIENCIAS PROCESALES GENERALES (Y DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR).

Las técnicas procesales a través de las cuales se resuelven las antinomias entre las normas de los distintos ordenamientos constituyen, por su parte un índice atendible del grado de integración (pero también del grado de persistente separación) verificable en el plano de las relaciones interordinamentales. Como siempre, por otra parte, es en el proceso (y por el trámite de éste) en donde hay la posibilidad de verificar la capacidad de resistencia de los principios fundamentales, sea por lo que se refiere a las dinámicas y eventos generalmente intraordinamentales, sea respecto a dinámicas y eventos interordinamentales.

Respecto a las relaciones específicas con la Unión, es una opinión ampliamente difundida la que ve justo en el mecanismo de la aplicación inmediata del derecho eurounitario, acompañada por la «no aplicación» del Derecho interno incompatible con el primero, uno de los signos más marcados y expresivos de la ya avanzada integración¹⁹, mientras que entre los signos más vistosos de la separación se encuentra el mantenimiento del conocimiento de las antinomias en cuestión por parte de la *Corte costituzionale*. Un conocimiento que, es más, después del momento crucial de 1984, que ha llevado a la Corte misma a reconciliarse con el Tribunal de la Unión, se ha extendido progresivamente, hasta llegar a comprender, además del caso de la violación de los contralímites, aquel otro, a reflexionar sobre ello, de la violación por parte de las leyes nacionales de los

¹⁹ Además es obvio que el mecanismo se injerta —se dice— en un tronco connotado por una, aunque sea parcial separación, que existe en lo substancial, por efecto de la repartición, contenida en los tratados, de materias y competencias entre Unión y Estados. No se descuide, sin embargo, también en este plano, el carácter no rígido, sino que fluido, de la repartición misma, con razón del lenguaje que deja espacios grandes, o grandísimos, con el que está definida la misma repartición, por la presencia de cláusulas «trasversales» idóneas a mover continuamente la línea que marca el confín de los campos, en razón de los más urgentes intereses y de las formas móviles de su combinación, del siempre posible ejercicio de poderes en subsidiariedad, etcétera.

principios de base del ordenamiento supranacional, y también el de la violación de normas de la Unión privadas de la aptitud de tener inmediata aplicación y además los otros que se refieren a controversias entre Estado y Regiones²⁰.

No niego el fondo de verdad presente en tal orientación, siempre que, sin embargo, se tengan en consideración por lo menos tres cosas.

La primera es que la previsión del control concentrado de la Corte, de por sí, no excluye (es más, en cierta manera, confirma ulteriormente) el hecho de la integración, según lo atestiguan también las vicisitudes del Derecho interno, donde la aplicación directa de las leyes por parte de los jueces no es completamente inconciliable con la posibilidad de su sumisión al juicio de la *Corte Costituzionale*.

La segunda es que gracias a los casos en los que la *Corte Costituzionale* es llamada a pronunciarse respecto a las antinomias de las que hablamos, se posibilita la activación de un «diálogo» —como se suele llamar— entre la Corte misma y el Tribunal de la Unión, cada vez que una se dirija a la otra en vía prejudicial (lo cual, sin embargo, se concreta hoy en día a través de un canal objetivamente restringido, respecto —como es sabido— únicamente a los juicios en vía de acción, a pesar de que hace tiempo que muchos piden una ampliación del mismo, que efectivamente después de Lisboa —ésta es la esperanza— podría ser factible).

Ahora bien, es evidente cómo por esta vía puede seguir creciendo la tasa de integración interordinamental; basta pensar que el timbre de voz de la *Corte Costituzionale* es sin duda más puro y claro del que puede tenerse por las voces de los jueces comunes, quienes no suelen tener la visibilidad y la autoridad reconocidas a los Tribunales constitucionales. Las preguntas formuladas por el juez de las leyes al juez de la Unión ofrecen, además, a este último una buena imagen de las normas legislativas y aún más de la propia Constitución, por lo que el destinatario de las mismas solicitudes no puede no tenerlas en cuenta. Está claro que puede ha-

²⁰ A estos últimos casos, además, parece que se debería asignar una especial relevancia, como consecuencia de la reforma del Título V y de la inversión de la técnica de repartición de materias y funciones entre Estado y regiones operado por la reforma. Es sabido, sin embargo, que el marco de las relaciones entre los entes en palabra (y sus fuentes) es mucho más articulado de cómo sea, en ciertos casos con excesiva simplificación, representado; y esto, tanto según el modelo (donde, en particular, la existencia de aquellas competencias «trasversales», a las que se hacía referencia arriba, hace que sean extremadamente fluidas las relaciones mismas), como (y sobretodo) según la experiencia, donde no es poca, a decir verdad, la desilusión ante la manera en la cual el modelo mismo se ha concretizado hasta hoy, que ha visto particularmente contracta el área material susceptible de ser cooperada por la regulación regional, frente a la marcada tendencia de la legislación estatal (y de la jurisprudencia constitucional, que ha prestado, y sigue prestando sin descanso una generosa aprobación) a expandir de forma innatural (y es decir irrazonable) las intervenciones del mismo Estado, a expensas de la autonomía.

ber más ocasiones de conflicto, de las cuales se tratará en breve; pero no es que no se vea cómo lo que se acaba de describir puede ser el vehículo más adecuado para que transiten en el seno de la Unión las tradiciones constitucionales y reenviarlas después hacia atrás, en dirección del ordenamiento interno, con la fuerza que es propia de los veredictos generales del juez eurounitario. Se concreta de tal manera un círculo de mutua alimentación entre Cartas (y Tribunales), fuente de creciente y recíproca integración, específicamente apreciable —como se tratará de demostrar mejor dentro de poco— en el terreno de la salvaguardia de los derechos fundamentales.

La tercera es que mal se comprende (por lo menos, yo no consigo comprenderlo) cómo pueda ser posible que un mismo hecho (el no respetar las normas de la Unión por parte de las normas del Estado) se preste a ser cualificado de maneras muy diferentes (y hasta opuestas), únicamente en razón del carácter estructural de las normas violadas, es decir de su aptitud a ser o no ser inmediatamente aplicables. Si el vínculo naciente de las normas supranacionales en el ámbito interno, aunque sea de variable intensidad (según venga de normas puntuales o de normas que impongan un mero objetivo²¹) tiene como fundamento de su observancia la «cobertura» ofrecida por el artículo 11, una «cobertura» de la cual hasta hoy no se ha podido prescindir (y de la cual, a mi manera de ver, no se podrá prescindir en un futuro²²), la violación del Derecho eurounitario se convierte (o debería convertirse) en todo caso en la violación de la norma relativa a las competencias, que —desde el punto de vista del ordenamiento interno— está dada justamente por el artículo 11. Una aplicación... retráctil del esquema de la fuente interpuesta (y, en su apoyo, de la categoría de la invalidez) parece verdaderamente inexplicable: inexplicable es la simultánea calificación dada a las leyes anticomunitarias en términos de actos «incompetentes» y, justamente por esto, a veces inválidas (cuando entran en conflicto con normas no *self-executing*) y a veces (si son contrarias a normas *self-executing*) meramente «irrelevantes» para la resolución del caso, constituyendo la incompetencia más bien —como es sabido— siempre un vicio de los actos a los que está relacionada (así, por

²¹ El vínculo —no es inoportuno observar, aunque sea rápidamente— no depende, sin embargo, únicamente de la manera de ser de los enunciados, sino que depende de más generales razones de contexto, sujetas por su naturaleza a continua mutación. Lo cual, además, por su parte, hace que sean aun más fluidas e inciertas las relaciones interordinamentales y muestra, por lo tanto, el carácter ingenuo y forzoso de cualquier intento de ambientarlas exclusivamente en aplicación del principio de separación.

²² ...a no ser que se quiera anunciar la disolución de la Constitución nacional (pero no es éste el escenario creíble en el cual puede cultivarse como es debido la esperanza de una Europa por fin, plenamente unida o, como es preciso, «integrada»).

ejemplo, en el terreno de las relaciones entre las leyes de Estado y Región).

Por otra parte hay que añadir que el control de la Corte respecto a normas internas contrarias a directivas (y en general a las normas de la Unión no *self-executing*) favorece muy poco la autoridad remitente para la resolución del caso que se le ha sometido. En efecto, una vez que falte la ley, el juez común se queda solo consigo mismo y no puede hacer otra cosa que derivar de la norma supranacional de objetivo la regla adecuada para el caso: ni más ni menos —si lo pensamos— de lo que hace en presencia de pronunciamientos aditivos de principios de la *Corte Costituzionale*. Sólo que si esto lo puede (y debe) hacer, no se comprende por qué nunca podría (y debería) hacerse desde el comienzo. Se dice que no es de ningún modo la misma cosa que una norma se deje de lado con efectos limitados al caso específico o bien que sea dejada de lado con efectos *erga omnes*. Palabras sacrosantas. Y sin embargo, un razonamiento de este tipo, impulsado hasta las últimas y consecuentes aplicaciones, conduciría —como bien se ve— a hacer del mecanismo concentrado una técnica universal de resolución de las antinomias entre Derecho interno y Derecho eurounitario, es más, haciendo de ello la técnica por excelencia; lo que, no obstante, la Unión no quiere, aunque haya repetidamente afirmado de modo enérgico que el Estado debe (subrayo «debe») remover de raíz (con efectos justamente generales) cada acto que se demuestre incompatible respecto al Derecho de la Unión misma²³.

4. ESTRUCTURA DE LOS ACTOS NORMATIVOS, COMPOSICIÓN DE LOS MISMOS EN PROCESOS PRODUCTIVOS COMPLEJOS, INTEGRACIÓN INTERORDINAMENTAL

Sea como fuere de todo esto queda el hecho de que, siendo distintas las técnicas de resolución de las antinomias, también es distinto el *mix* de separación y de integración verificable en las vicisitudes de la normación, primero, y en las experiencias procesales que las tengan por objeto, después.

La misma circunstancia según la cual a veces las normas de la Unión no parecen susceptibles de inmediata aplicación, si por un lado a los ojos

²³ El Tribunal de Justicia, en suma, pide que haya una acción reparatoria *en tandem*: por el momento (y en seguida) la «no aplicación» del acto interno contrario al derecho de la Unión y, por lo tanto, su extirpación del terreno del ordenamiento (tratándose de una ley, por obra del mismo legislador). Y así sea. Sin embargo no se entiende porque una vez que —por error o voluntariamente— un acto llegue a la *Corte Costituzionale*, ésta debería deshacerse del mismo, solicitando la «no aplicación» por parte de los jueces y de los operadores en general (siempre que, obviamente, el acto sea en seguida «no aplicable»), cuando en cambio podría ir a favor de la propuesta de la unión de removerlo, anulándolo.

de la opinión común aparece como un índice de menos intensa integración de la que se puede verificar en presencia de normas *self-executing*, por otro lado, sin embargo, una vez que sea considerada desde otra perspectiva y desde otros fines reconstructivos, se presta a más articuladas y menos apresuradas valoraciones.

Aquí deberían hacerse algunas advertencias generales respecto al modo con el que son usualmente observadas las relaciones entre las fuentes y reconstruido, en sus líneas conductoras, el sistema a las que ellas pertenecen. Esto, ahora, evidentemente, no es posible. Me limito tan sólo a señalar, remitiéndome al resultado de reflexiones desarrolladas en otro lugar, que es reductivo y, a fin de cuentas, deformador, por el planteamiento metodológico y los desarrollos, suponer que pueda todavía hoy en día (si alguna vez se ha podido...) dar lugar a una consideración —¿cómo decirlo?— atomística de las fuentes, vista cada una singularmente, sea como tipo o como fuente singular históricamente dada, asumiendo por lo tanto que en base a la forma poseída o a otras características todavía ella reciba su puesto en el sistema, un lugar que permanezca siempre idéntico a sí mismo, sea cual sea el grado asignado a cada una y el modo a través del cual se reconstruyan sus movimientos, las relaciones con las otras fuentes. En realidad, así se pierde de vista el conjunto de las fuentes (o, mejor, de las normas²⁴) compuesto, ya que quedan sin verse las conexiones de carácter estructural y funcional que se mantienen entre las mismas²⁵. Como se me ha ocurrido decir en otras ocasiones, más que mirar a una producción por actos, conviene mirar a una producción por resultados, recuperando así y adaptando a las experiencias de la normación la indicación metódico-teórica de una doctrina clarividente ya desde hace tiempo manifiesta en el plano de las experiencias de la administración. Esto es aún más necesario respecto a vicisitudes como las que marcan las relaciones interordinamentales a las que nos referimos ahora, que se caracterizan por el hecho de que no es inusual que a nivel de Unión se encienda el motor de la normación y se active pues la constitución de una cadena de actos re-

²⁴ ...porque el sistema es, en mi opinión, *sistema de normas*, más bien que (o en vez que) de *fuentes*, donde cada acto busca las formas de su afirmación únicamente por los contenidos que posee y por la manera a través de la cual ellos remitan, a un tiempo, a hechos y valores (este asunto se encuentra argumentado, hace no mucho tiempo, en mi *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it, del cual se pueden tener, por lo tanto, más informaciones al respecto).

²⁵ Ya no me acuerdo de donde leí, hace muchos años, respecto a todo otro orden de cuestiones, que para apreciar la belleza de una montaña hay que ponerse lejos de la misma, mejor aún si es en las alturas, así que pueda observarse en todo su ser majestuoso; por el contrario, quien se pone a un par de metros de la montaña misma tan sólo ve un trozo de roca. Confieso que propongo muchas veces este ejemplo a mis estudiantes cuando les anticipo en clase algunos conceptos que también están expuestos aquí.

cíprocamente conectados y que tienden todos a un objetivo común, actos diversificados y varios por su forma y sustancia, desde luego aquéllos que ven la luz en el seno del ordenamiento de la misma Unión y que irrumpen en el ámbito interno, reclamando la adopción de ulteriores actos, ellos también diversificados y varios e idóneos a desplazarse a más ámbitos institucionales y territoriales.

Cada acto de la serie toma sentido de los otros y a los otros, por su parte, lo da de modo que, como decíamos, es tan sólo a través de su consideración conjunta como se puede entender el sentido global de la cadena entera.

Sobre este asunto no es aquí posible seguir profundizando. Es muy importante, sin embargo, señalar por lo menos tres cosas que voy a enunciar aquí, aunque no pueda profundizarlo más.

La primera es que si es verdad que cada acto de la serie es productivo de su propio efecto jurídico, según la enseñanza de una autorizada doctrina que vuelve a aparecer, es igualmente verdad que a la transformación global de la realidad —que es en lo que consiste, de hecho, el efecto jurídico²⁶— concurren, aunque sea en medidas diferentes, todos los actos de la serie, sin excluir ninguno de ellos; hay, en suma, también (y sobre todo) un efecto del entero proceso productivo, propio de este último y distinto del de otros procesos productivos.

La segunda está dada por una evidente depreciación de las formas con finalidad sistemático-reconstructiva. Fuentes de Derecho interno usualmente consideradas de segundo grado, como los reglamentos, una vez que se dispongan a dar la primera, directa y necesaria especificación-realización a otras fuentes, como —por lo que ahora específicamente interesa— las de la Unión, ven en su beneficio irradiada la «cobertura» de la que estas últimas gozan; lo cual se traduce en la imposibilidad de aportarles cualquier innovación —nótese: por parte de actos de la misma forma o fuerza y también de actos teóricamente más fuertes— que pueda redundar en una (inadmisible) incisión del acto inicial de la cadena, protegido por el escudo insuperable, erigido por uno o más principios del ordenamiento (aquí, por el artículo 11, en su hacer «sistema» con los demás principios fundamentales). Las innovaciones son, obviamente, siempre posibles en abstracto; en concreto, sin embargo, se trata de establecer cuáles de ellas pueden darse, en cuanto compatibles (si no exactamente conformes) a las normas de origen externo, respecto a las cuales tienen que ponerse en una posición servidora.

La tercera, finalmente, está dada por el carácter evidentemente «inte-

²⁶ En argumento, me limito a remitir el magisterio de A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, en *Enc. dir.*, XIV (1965), 432 ss.

grado» de los actos (o, mejor, de las normas) que componen el mismo proceso productivo. Una integración que —como hemos ido diciendo— seguramente no es menor que la verificable por efecto de la adopción de actos *self-executing* y es, más bien, en los primeros aún más visible justo por el carácter «directivo» de la fuente que va a actuar, viniendo aún más subrayado el vínculo estructural-funcional que a ella liga la fuente que actúa y, por eso, evidenciado su destino común a la persecución de intereses que aparecen cada vez menos monocromáticos, en cuanto que meramente supranacionales o bien nacionales, cada vez más «mixtos», supranacionales, nacionales, infranacionales juntos.

Seguir razonando, por lo tanto, sobre una separación de actos, en un contexto como el que acabamos de describir en sus líneas maestras, es algo que carece claramente de sentido.

5. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (CEDH) Y SUS NO DESCARTABLES OSCILACIONES ENTRE LA PERSPECTIVA FORMAL-ABSTRACTA Y LA PERSPECTIVA AXIOLÓGICO-SUSTANTIVA DE ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

Es ahora necesario preguntarse si y en qué medida la construcción de la jurisprudencia constitucional erigida en el terreno de las relaciones entre Derecho interno y derecho eurounitario presenta puntos de contacto con aquella relativa a las relaciones con las norma internacionales y, en particular, por lo que aquí interesa mayormente, con las normas del CEDH, de forma que se pueda establecer qué parte de una construcción puede trasplantarse a la otra y qué parte, en cambio, necesita ser completamente re- hecha de modo original.

A primera vista, parece que no haya nada en común; pero si se vuelven a mirar las cosas desde otro ángulo, es posible llegar a resultados reconstructivos ampliamente convergentes.

Resumo brevemente los puntos relevantes de la jurisprudencia sobre el CEDH, tal como se inauguró por las famosas sentencias «gemelas» de 2007, luego perfeccionada, en particular, con las decisiones núms. 311 y 317 del 2009 y, por último, 93 de 2010.

Los rasgos de separación emergen aquí con singular evidencia. La CEDH es calificada como fuente interpuesta (una calificación que, por otra parte, comparte con los tratados internacionales en general) y como tal susceptible de unirse al artículo 117, I c., destacando como parámetro en los juicios de constitucionalidad que tienen por objeto leyes con ella incompatibles. En cuanto fuente subconstitucional, cada vez que se lamente su violación, es necesaria la verificación de su conformidad a toda la Cons-

titución, y no sólo a sus principios fundamentales²⁷, concluida la cual con resultado negativo parecería poderse producir la caducidad de la norma convencional (obviamente, por el trámite del acto de ejecución)²⁸. Esto procede del hecho de que, a juicio de la Corte, la CEDH —a diferencia de las normas de la Unión— no goza de la «cobertura» en ningún principio fundamental (y, específicamente, en el artículo 11), a pesar de que la CEDH misma esté reconocida (sent. núm. 349 de 2007) como una «realidad jurídica, funcional e institucional».

El establecimiento de fondo de la reconstrucción de las relaciones entre CEDH y Derecho interno operado por la *Corte Costituzionale* es, de todas formas, en mi opinión, de carácter formal-abstracto, según lo que, entre otras cosas, está atestiguado en la imagen vertical de la disposición de las fuentes que nos ha dado la Corte, en la que el lugar asignado a la CEDH se sitúa a mitad de camino entre las normas constitucionales y las normales leyes comunes²⁹. La misma jurisprudencia, sin embargo, recogiendo y desarrollando ulteriormente (con las decisiones, indicadas arriba, de 2009) una indicación, que en verdad ha dado lugar a discusiones, contenida en la primera de las decisiones de 2007³⁰, ha definido el camino a

²⁷ Luego hay que ver si esto es *materialmente* posible: en cuanto fuente de reconocimiento de derechos fundamentales, la Convención —me parece a mí— difícilmente puede confrontarse con normas constitucionales inexpressivas de principios o que, sea como fuere, no puedan reconducirse bajo la protección de éstos.

²⁸ Sin embargo, recientemente he manifestado serias dudas al respecto de que esto pueda darse, aunque sea en aquellos casos «excepcionales» evocados por la última jurisprudencia (sent. n. 93 de 2010, cit.); además he avanzado la hipótesis de que, en vez de la anulación con efectos generales de la norma convencional inconstitucional, pueda asistirse a la declaración de su mera no idoneidad a la hora de integrar el parámetro constitucional limitadamente al caso en objeto, una declaración de «irrelevancia» en suma, similar a la que —según la jurisprudencia habitual— puede haber en el terreno de las relaciones con el derecho de la Unión (más informaciones al respecto pueden encontrarse, si se quiere, en mi *Corte Costituzionale e Corti europee*, cit., esp. en el par. 4).

²⁹ La verdad es que el pensamiento de la Corte al respecto no es extremadamente claro. Por un lado, se precisa (en particular en las sentencias núms. 311 y 317 de 2009, cit.) que las relaciones entre la Convención y la ley no son jerárquicas; en particular en la segunda de las sentencias a las que acabamos de remitir (punto 7 del *cons. en der.*) se dice que la «la integración del parámetro constitucional que representa el primer párrafo del artículo 117 Const., no debe entenderse como una colocación superior de las normas CEDH —de por sí y entonces prescindiendo de su función de fuentes interpuestas— respecto a las leyes ordinarias y, aún menos, respecto a la Constitución». Por otra parte, sin embargo, un poco más abajo, se añade que «la norma CEDH en el momento en que va a integrar el primer párrafo del artículo 117 Const., de éste repite su rango en el sistema de las fuentes». Queda claro que, excluida la existencia de un reparto de competencias entre derecho convencional y Derecho interno de carácter material y calificando las fuentes nacionales como inválidas en el caso de inobservancia respecto al primero, se acaba llegando a éxitos no distintos a los que conduce una ordenación de carácter jerárquico.

³⁰ ...según la cual la observancia por parte de la ley a las obligaciones internacionales subyace al «razonable equilibrio» con la «tutela de los intereses constitucionalmente protegidos contenida en otros artículos de la Constitución» (sent. n. 348, punto 4.7 de *cons. en der.*).

sistematizaciones no de orden formal-abstracto sino de inspiración axiológico-sustantiva, con específica consideración a las relaciones entre CEDH y leyes, habilitando a los operadores a aplicar las segundas, aún cuando sean incompatibles con la primera, cada vez que éstas defiendan intereses constitucionalmente garantizados y preeminentes según el caso. El vínculo de la observancia de las obligaciones internacionales no parece ser, por lo tanto, incondicionado; es más bien la ponderación de los intereses de fondo el que empuja para dar lugar a la aplicación de la norma —no importa si interna o externa— idónea para ofrecer la más adecuada tutela de los derechos.

Al respecto, son dos los puntos sobre los que conviene concentrar la atención.

El primero es dado por el hecho de que todo el razonamiento desarrollado por la Corte, especialmente si se vuelve a mirar teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos a los que hemos remitido arriba, el núm. 93 de 2010, parece que quiera quedar circunscrito al tema de las relaciones entre Convención y leyes. Sin embargo, cuando nos ponemos en la perspectiva de la búsqueda de la norma que mejor garantiza los derechos, no se ve como la Constitución misma pueda quedar fuera en dicha competición. Quiere decirse, en suma, que la misma ley fundamental de la República puede presentar un carácter recesivo en el encuentro con una norma convencional aún más avanzada en el camino de la protección de los derechos. Por otra parte, es la misma Convención —como es sabido— que quiere afirmarse con la sola condición de poder garantizar los derechos de forma aún más adecuada a cómo lo puedan hacer (y efectivamente hagan) las normas de Derecho interno (todas las normas, incluidas por lo tanto las constitucionales). Se comprende fácilmente, sin embargo, que esta conclusión se concilia mal con la obstinada insistencia, subrayada últimamente una vez más con el pronunciamiento de 2010, a través del cual la Corte ha querido subrayar el carácter subconstitucional de la Convención.

Se asiste, en suma, a una permanente y vistosa oscilación —ya verificable en las decisiones de 2007 y no removida, sino aún más acentuada, con los últimos pasos del itinerario jurisprudencial— entre el lado formal-abstracto y el lado axiológico-sustantivo, dejándose atraer la dirección jurisprudencial simultáneamente por uno y por otro sin, no obstante, juntarse con ninguno de ellos.

Hay, en mi opinión, una contradicción de fondo que no se ha apartado todavía en este tipo de orientación, que consiste en la admisión, en vía previa, de la idoneidad de documentos diversos por su forma y extracción a dar el reconocimiento (en su propio sentido) de derechos fundamentales y del tratamiento diferenciado que en base a esto se les reserva, tanto en el plano substancial (por lo que se refiere a su colocación en el sistema de

las fuentes) como en el plano procesal (por lo que atañe a las técnicas utilizadas para resolver las antinomias entre los documentos mismos, ya sea entre sí como con respecto a otras fuentes y, en particular, a las leyes).

Más adelante, con ocasión del examen de algunos «casos difíciles», tendremos la posibilidad de tratar más específicamente las complicaciones que puedan darse cuando se consideren las leyes contrarias a las Cartas de los derechos (y, en particular, a la Carta de Niza-Estrasburgo y a la CEDH) merecedoras a veces de la «no aplicación» y a veces de la anulación. Por el momento, sólo puede decirse que no parece en modo alguno posible, por un lado, dar lugar a la adopción de una perspectiva de inspiración axiológica-sustantiva, en el plano de las relaciones entre las leyes y la CEDH, y, por otro lado, dejar firme la perspectiva usual de inspiración formal-abstracta en el plano de las relaciones entre CEDH y Constitución. Una vez que nos dirigimos hacia la individuación de la norma que ofrece la más «intensa» tutela de los derechos, tenemos que considerar obligatoriamente también (y sobre todo) la Constitución. Se impone, por lo tanto, una elección de fondo, ya que no es posible ponerse simultáneamente en ángulos visuales diametralmente distintos por orientación metodológica y consecuentes desarrollos teórico-reconstructivos.

El segundo punto consiste en el hecho de que el modo según el cual se entiende y se practica la tutela de los derechos (y, por lo tanto, se entiende y se practica la medida de su «intensidad»), respectivamente por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la *Corte Costituzionale*, no es del todo coincidente. Como ha puesto de relieve una sensible doctrina³¹, mientras la Corte de Estrasburgo parece mirar al derecho singular en juego, la *Corte Costituzionale* muestra su voluntad de hacerse cargo del entero sistema de derechos (y tal vez, aún más ampliamente, de los bienes de la vida garantizados constitucionalmente). La perspectiva no es, por lo tanto, diferente, en un caso y en el otro —por lo que parece— de carácter axiológico-sustantivo, pero los resultados de las calificaciones pueden también diverger sensiblemente. Lo que, luego, conduce directamente ante dos cuestiones de relevancia crucial, cuya solución marca la forma general de ser de las relaciones interordinamentales: una se refiere a la posibilidad para el operador nacional de alejarse de las interpretaciones de Estrasburgo, con adaptaciones interpretativas orientadas hacia la Constitución; la otra es relativa a los conflictos entre decisiones judiciales y al modo de su posible superación.

³¹ E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della corte europea secondo la Corte Costituzionale italiana*, en curso de publicación en *Corr. Giur.*

6. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (CEDH) Y SUS POSIBLES ADAPTACIONES, POR EFECTO DE LA APLICACIÓN DE LA LÓGICA DE LOS EQUILIBRIOS ENTRE TODOS LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES, EN SU HACER «SISTEMA»

Que las leyes tengan que ser interpretadas de manera conforme, además de a la Constitución, al derecho internacional (y, por lo tanto, a la CEDH) y al Derecho eurounitario ya no se discute³². Sin embargo el tema es lo que hay que hacer en caso de resultados divergentes de estas interpretaciones.

Una vez más, me parece que no se dan, especialmente por parte de la jurisprudencia constitucional, desarrollos del todo lineales con respecto a las premisas puestas y ya firmemente arraigadas en la cultura jurídica en materia de fuentes relativas a los derechos.

Y, en realidad, podemos encontrar un fuerte condicionamiento por parte de la teoría de las fuentes (o, mejor dicho, por una cierta teoría de las fuentes, de inspiración formal-abstracta) respecto a la teoría de la interpretación. El fundamento de la interpretación conforme usualmente se encuentra, en efecto, en la superioridad jerárquica de la fuente-parámetro de la interpretación misma respecto a la fuente-objeto. Solo que, estando así las cosas³³, parecería obligada la conclusión según la cual cualquier fuente que tiene un origen externo, en cuanto siempre (en mayor o menor medida) sujeta a la observancia de la Constitución³⁴, podría estar sometida a la interpretación conforme a la Constitución misma. Lo cual, sin embargo, no se considera posible³⁵; particularmente clara, al respecto, la postura adopta-

³² Sobre este tema, en la ya incontenible literatura, por todos, VV.AA., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, editado por M. D'Amico y B. Randazzo, Turín, 2009, y, además de VV.AA., las contribuciones al seminario desarrollado en la *Corte Costituzionale* el 6 de noviembre de 2009 sobre *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, cuyos *Actos* están en curso de publicación (algunas relaciones pueden encontrarse ya en www.cortecostituzionale.it).

³³ Pero, vid. las reservas al respecto expresadas en mi *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, en VV.AA., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 388 ss.

³⁴ ...y, particularmente, toda la Constitución la CEDH y el derecho internacional convencional en general, sólo a los principios fundamentales, en cambio, el derecho de la Unión (y, según la opinión común, para el derecho internacional consuetudinario).

³⁵ Un valioso operador y agudo jurista, P. GAETA, ha repetidamente insistido (en relaciones presentadas en algunos encuentros organizados por el *Consiglio Superiore della Magistratura*, entre las cuales la que tiene por título *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione*, relación para el encuentro sobre *Giudice penale, giudice costituzionale e corti sopranazionali*, Roma, 11-13 de febrero de 2008, par. 7, y la otra con el título *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte Costituzionale*,

da por parte de la jurisprudencia constitucional respecto a la CEDH, a la que ya nos hemos referido arriba, que no deja margen al operador, restringido a la alternativa sofocante entre la interpretación de las leyes conforme a la Convención y la presentación de una cuestión de legitimidad constitucional sobre la primera por la discrepancia con la segunda³⁶. Una orientación, ésta, que una atenta doctrina juzga demasiado severa y, de alguna forma, aún más rígida o restrictiva que la propia del mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷.

La intangibilidad de las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además, parece no hacerse depender del carácter más o menos sólido de las mismas, según que ellas puedan considerarse expresivas de un verdadero y real «derecho viviente» ya firmemente radicado en la experiencia judicial o bien que constituyan únicamente las primeras afirmaciones de una orientación que todavía necesita ulteriores confirmaciones. Que ésta, además, pueda presentarse como una especie de «compensación» de la abstractamente reconocida subposición del derecho convencional, tal y como lo ha enunciado su vestal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un control de constitucionalidad es algo que poco importa para el fin que ahora se va delineando. Lo único que importa, en efecto, es que el Derecho convencional de producción jurisprudencial se considere en la óptica de «tomar o dejar», secamente, sin posibilidad de una solución intermedia.

Ahora bien, es verdad que la Constitución es siempre idónea para hacerse valer aunque sea en la hipótesis —nos dice la última jurisprudencia

relación para el encuentro sobre *I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali*, Roma, 23 de junio de 2009, par. 6.6) sobre la necesidad de seguir siendo fieles a las interpretaciones del TEDH suministradas por el Tribunal de Estrasburgo, con el propósito de evitar la «entropía» del sistema.

³⁶ Se puede discutir si, una vez aclarada la «anticonvencionalidad» de las leyes y definida la norma convencional a su vez contraria a la Constitución, el operador puede, o incluso, tiene que aplicar inmediatamente la norma interna y contextualmente desaplicar la norma convencional o si en cambio si para este fin es necesario pasar por la *Corte Costituzionale*. Esta segunda solución, en realidad, parece más congruente con el camino marcado por la *Corte Costituzionale* misma, por lo menos por como es hasta hoy. Pero, una vez más, el cuadro parece ser mucho más articulado de lo que resulta a primera vista: dejando de lado lo que diremos dentro de poco respecto a la posibilidad de aplicar inmediatamente el TEDH, considérese, por ejemplo, la condición en la que se encuentren normas legislativas anteriores a la Convención misma susceptibles de considerarse abrogadas por parte de ésta [al respecto, entre los otros, E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relación para el seminario sobre *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, cit., par. 3 lett. c)].

³⁷ Vid., en particular, R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?* en www.federalismi.it, 6/2010. Una mayor flexibilidad en las prácticas interpretativas en ámbito interno también está patrocinada por E. LAMARQUE en su escrito que acabamos de citar.

«excepcional»— de la aclarada, irreductible incompatibilidad respecto a ella de la Convención; y, sin embargo, la preeminencia de la ley fundamental, en vía de principio consagrado en el marco de la teoría de las fuentes, no es plena en el plano de la teoría de la interpretación, y la razón es justamente la declarada indisponibilidad de someter la Convención a interpretación constitucionalmente conforme.

Esta dirección es, en mi opinión, muy discutible, en primer lugar justamente en su planteamiento metodológico, aún más que en sus desarrollos teórico-reconstructivos.

La premisa de mi crítica se apoya en el reconocimiento, que a mi modo de ver es posible (es más, necesario), en beneficio de la CEDH (y de las Cartas de derechos en general) de una «cobertura» en los principios fundamentales del ordenamiento, en particular en los principios indicados en los artículos 2 y 3 de la Constitución³⁸. Una vez más, admitiéndose la eventualidad que de la misma CEDH pueda proceder a una más «intensa» tutela de los derechos expresamente previstos en disposiciones constitucionales que puedan reconducirse de manera directa e inmediata al art. 2³⁹, se llega, natural y plenamente, a la admisión de que los derechos, sea cual sea la fuente que les confiere reconocimiento y tutela, participan paritariamente en las operaciones de ponderación abiertas a todo tipo de resultado en razón de los casos. No puede darse, por lo tanto, ninguna graduación apriorística entre normas dotadas todas ellas de «cobertura» en principios igualmente fundamentales (y, como hemos venido diciendo, en un mismo principio, tal y como es el del art. 2⁴⁰). De la misma manera que la elección no parece condicionada por la diferente forma o extracción de las normas referidas a los derechos, del mismo modo antes de plantearse el problema de la propia elección, es la misma orientación del proceso interpretativo la que requiere no dejarse llevar por fáciles sugerencias en uno u otro sentido, que conduzcan el proceso, de forma exclusiva y absorbente, bien hacia el Derecho de origen externo bien hacia el Derecho interno (y constitucional en este caso).

³⁸ ...pero también, con específica referencia al TEDH, en el artículo 11 y, aunque sólo sea por algunos derechos, en el primer párrafo del artículo 10, según ha sido admitido por la misma jurisprudencia (por último, en la sentencia n. 93 de 2010).

³⁹ Naturalmente es necesario dar prueba concretamente de esta operación, ya que no todos los derechos pueden considerarse «inviolables» o «fundamentales» (y, profundizando más, no todas las pretensiones o necesidades constituyen un «derecho», por viejo o nuevo que sea). Una vez más, la responsabilidad de este tipo de comprobación recae sobre los jueces comunes (y sólo en segunda instancia y eventualmente, sobre el juez de las leyes).

⁴⁰ Se asiste en estos casos a uno de esos conflictos, de los que se ha tratado antes, de un valor fundamental con... sí mismo, que no puede resolverse si no es a través del canon de la razonabilidad.

Poniendo todos los principios fundamentales, en abstracto, en condición de paridad, sin ninguna preclusión o exclusión predefinida, se llega a la conclusión de que la interpretación conforme a la Constitución no puede más que dirigirse hacia todas las normas de la Constitución misma, en idéntica medida y con igual intensidad, incluidas por lo tanto las normas que caracterizan nuestro ordenamiento como abierto a la Comunidad internacional y sensible y atento a cualquier documento normativo idóneo a dar voz a los derechos fundamentales.

El equilibrio —como se ha tratado de demostrar en otros lugares⁴¹— está, pues, en la orientación de los procesos interpretativos, antes que en los resultados de los mismos, donde hay que poner la cuestión de cual es la norma más idónea para asegurar la más adecuada tutela de los derechos, de todos los derechos —aquí tiene perfectamente razón nuestra jurisprudencia— en su hacer y sin descanso renovar el «sistema».

7. CONFLICTO ENTRE DECISIÓN CONSTITUCIONAL Y DECISIONES EUROPEAS

Por mucho que tengan que hacerse, a cualquier nivel institucional, todos los esfuerzos posibles con el objetivo de reconciliar en sede interpretativa los documentos relativos a los derechos, dirigiendo la Constitución hacia las Cartas de derechos y, al mismo tiempo, estas últimas hacia aquélla en aplicación de un canon —verdadera y propia *Grundnorm* de las relaciones interordinamentales— de interpretación circularmente conforme, hay que prever la posibilidad de conflictos, tanto más preñados de implicaciones cuando se hagan visibles a través de pronunciamientos del juez de las leyes por un lado, y de los Tribunales europeos por el otro.

No me planteo aquí la cuestión general de si, dentro de qué límites, y en todo caso, en qué peculiar acepción pueda correctamente hablarse de una «decisión constitucional⁴²», así como también de una «decisión» sea de uno o de otro Tribunal europeo. Tan sólo me limito a constatar que pueden darse casos en los que el veredicto del juez constitucional puede ser refutado por un veredicto de uno o de otro Tribunal o de ambos Tri-

⁴¹ ...y, en particular, en *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, en www.osservatoriosullefonti.it, 3/2009 y *Dimensione Europea*, cit.

⁴² Referencias sobre las varias maneras de entenderlo pueden verse en F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Turín 2002, del que vid., pues, las ulteriores aclaraciones que se encuentran *sub art.* 137, en *Comm. Cost.*, R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (ed.), III, Turín 2006, 2674 ss., y además *ivi*, en G. PARODI, *sub art.* 136, 2660 ss. También, P. COSTANZO, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di «Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su un tema di perdurante attualità)*, en VV. AA., *Corte Costituzionale processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, por A. Pace (ed.), Milán 2006, 214 ss. y R. MANFRELOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Nápoles 2008, 320 ss.

bunales europeos, o —naturalmente— al revés; entonces hay que preguntarse de qué manera hay que cerrar el partido.

Advierto preliminarmente que en la mayoría de los casos el conflicto debería, en principio, considerarse como meramente aparente, pareciendo diferente la cuestión de constitucionalidad de la cuestión de «comunitariedad» o de la cuestión de «convencionalidad». Sin embargo, igualmente en no pocas coyunturas se asiste a una sustancial contestación del resultado de la verificación hecha por un Tribunal por obra de otro o de otros.

Hace no mucho tiempo, fijé mi atención en el caso *Filipiak*, al que podemos remitir como prueba de lo que aquí se viene diciendo. De hecho una ley había sido anulada por parte del Tribunal Constitucional polaco, anulación no obstante diferida por efecto de la adición de un término de *vacatio* al pronunciamiento por parte del propio Tribunal. Recibida la cuestión, la Corte de Justicia ha advertido (con pronunciamiento del 19 de noviembre de 2009 de la Tercera Sección, en causa 314-88) la violación de normas *self-executing* de la Unión, ordenando por lo tanto a los jueces nacionales desaplicar inmediatamente la ley interna «independientemente de la sentencia del juez constitucional nacional que ha decidido diferir la pérdida de la eficacia vinculante de las mismas disposiciones, declaradas inconstitucionales».

Ahora, discutir de un sustancial vaciamiento de la decisión constitucional sería, a mi entender, claramente equivocado, aunque no fuese más que por el hecho de que el mismo ha privado en vía general de efectos a normas de Derecho interno contrarias al de la Unión; pero también es verdad que la misma decisión ha sido contrariada en una parte de su parte dispositiva. Lo que es, por otro lado, fruto de la diversidad de las cuestiones enjuiciadas, respectivamente, por parte del juez constitucional y del juez de la Unión. El primero, en efecto, ha dejado momentáneamente con vida la ley nacional con el presupuesto de que el vacío causado por su anulación habría sido aún más inconstitucional; el otro juez, en cambio, ha destacado la posibilidad (y, es más, la necesidad) de aplicar inmediatamente el Derecho supranacional, haciendo notar indirectamente al juez polaco que el vacío era, en realidad, inexistente. Si, por lo tanto, el juez nacional se ha equivocado (admitiendo que se haya equivocado...), lo ha hecho únicamente al no haberse dado cuenta de la existencia del derecho de la Unión, listo para coger el sitio de la norma interna eliminada. Sólo que hay que preguntarse si el mismo juez hubiera podido *motu proprio* verificarlo una vez que el parámetro eurounitario había sido en realidad dejado fuera de los términos de la cuestión por como se había presentado a su enjuiciamiento.

El conflicto es frontal, en cambio, en los casos en los que ante el juez de las leyes se denuncia expresamente la inobservancia de una norma de

la Unión no *self-executing* o de una norma de la CEDH, sin que el juez lo advierta, en el interregno en que ésta sea aclarada por parte de la Corte europea⁴³, o a la inversa —y es el caso más complejo y espinoso— sea el Tribunal Constitucional quien anule una norma interna por violación de una norma eurounitaria o de una norma convencional, norma que en cambio el juez europeo no sólo no considera lesiva de la norma de la que él es garante sino que, además, la reputa idónea para dar a esta última especificación-ejecución.

En el primer caso (de pronunciamiento constitucional de rechazo), dejando de lado las obligaciones al respecto que recaen sobre el legislador, instado a realizar las correcciones e integraciones oportunas de la normativa nacional en vigor, y aquellas otras que pesan sobre los jueces, que a su vez tienen que referirse al parámetro de origen externo adoptando las consiguientes medidas exigidas para restablecer la legalidad europea violada, puede cuestionarse —por lo que aquí más nos interesa— la posibilidad y/o el deber por parte del juez constitucional de dejar de lado, a la primera ocasión útil, su propio veredicto originario, conformándose así completamente con el veredicto del juez europeo.

En el segundo caso (de pronunciamiento constitucional de admisión), además, siendo posible la «reviviscencia» de la ley ya invalidada, no queda más que esperar —según la tesis que ya se ha afirmado⁴⁴— la intervención del legislador, que rellene prontamente el vacío que se ha creado⁴⁵, y

⁴³ Al respecto ha habido, recientemente, un caso en materia de inseminación artificial, no consentida por la ley austríaca, ley por lo tanto declarada contraria a la CEDH por el Tribunal de Estrasburgo, a pesar de no haber sido caducada por parte del tribunal de aquel País (sent. del 1 de abril de 2010, *S.H y otros c. Austria*).

⁴⁴ Sin embargo no puedo abstenerme de relevar que, si hubiese sido acogida la propuesta reconstructiva que yo propuse hace veinte años en tema de pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* (en mi *Storia di un «falso»*. *L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale*, Milán 1990), según la que las decisiones de admisión caducan solo la *norma* sobre la que la Corte se ha pronunciado, no también el texto, en todo su posible (y, por lo tanto, diverso) significado, se hubiese podido recuperar en todo momento la misma disposición de la que se extrajo la norma-objeto del juicio, y de allí inferir la norma, en línea —por lo que ahora específicamente importa— con las indicaciones procedentes del juez europeo. Confieso que aún hoy en día me cuesta comprender como es posible que caiga no solo el significado de la ley declarada contraria a la Constitución, sino que también cualquier otro, abstractamente posible, significado. Lo que, a fin de cuentas, transforma la Corte en un órgano de interpretación auténtica (ya sea de las leyes que de la Constitución) y confiere a sus decisiones el efecto propio de los actos de legislación negativa, según una autoritaria (pero vieja e impropia) indicación teórica, confundiendo así innaturalmente anulación y abrogación (y, específicamente, abrogación nominada, idónea a desarraigar una disposición del terreno del ordenamiento, justamente en cualquiera de sus posibles significados).

⁴⁵ Queda por aclarar, al respecto, si es posible en este caso aprobar una ley que reproduzca la precedente —a lo que se opondría de todas formas la prohibición contenida en el último

en la moratoria esperar que los jueces tengan éxito en la obra de reconstrucción del tejido normativo lacerado por parte del pronunciamiento de la *Corte Costituzionale*, tal y como hacen de modo ordinario, encomiablemente, cada vez que se encuentran ante las carencias más o menos visibles de la normativa. A no ser que se considere el mismo vacío inexistente, en cuanto cubierto por el veredicto del juez europeo, lo cual, en particular, es predicable para los pronunciamientos del Tribunal de la Unión, a los que —como aquí hemos comentado— se reconoce el carácter de fuente del derecho, pero no —según la opinión común— para las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Respecto al caso del rechazo, siguiendo la tesis corriente, ya pacíficamente afirmada en el «derecho viviente»⁴⁶, es siempre facultad del juez de las leyes «convertir», cuando tenga la oportunidad, un precedente pronunciamiento de rechazo en otro de estimación. La cuestión es, sin embargo, si el mismo juez puede estar obligado a esto. Un resultado éste, al que pareciera que él no pueda sustraerse, desde el momento en que ninguna autoridad nacional queda excluida de la obligación de seguir las decisiones de los Tribunales europeos, siempre que —obviamente— las cuestiones se planteen en términos completamente idénticos (y, por lo tanto, no se asista a ninguna mutación del cuadro normativo) y siempre que no se consideren las mismas decisiones contrarias a normas constitucionales indisponibles por sí mismas⁴⁷.

Obviamente, siguiendo la opinión común según la cual el régimen del derecho de la Unión es globalmente distinto del de la CEDH, por el previo reconocimiento de la fuerza «paraconstitucional» del que goza el primero, a diferencia del segundo, podría llegarse a la conclusión de que éste tiene la capacidad para derogar al propio texto constitucional, con el resultado de que la modificación de la «situación normativa» —como me gusta llamarla— sería aquí *in rebus*: ni más ni menos de lo que sucede cada vez que el legislador reproduce con ley constitucional una norma legislativa ya anulada por la Corte o que la reproduce con ley ordinaria pero después de que se haya modificado el parámetro puesto en la base de la

párrafo del art. 137 cost.— o si esto puede darse por la «cobertura» asegurada por el veredicto contrario del juez europeo. Si sin embargo se conviene respecto al hecho de que la norma de origen externo se abre a múltiples formas de especificación-actuación, francamente no se ve porque debería seguirse justo la vía juzgada intransitable por parte de la *Corte Costituzionale*.

⁴⁶ Pero vid. nuevamente la diversa propuesta reconstructiva avanzada en mi escrito citado por último.

⁴⁷ Parece volver a subrayarse aquí la diferencia entre los límites a la primacía del derecho eurounitario, constituidos —como decíamos— tan sólo por los principios fundamentales del ordenamiento constitucional, y los límites al derecho convencional, extendidos a toda norma constitucional (vid., sin embargo, las notas críticas al respecto expuestas en precedencia).

primera anulación⁴⁸. Una solución, sin embargo, impracticable —siempre según la tesis comúnmente acogida— allí donde estén en juego los contralímites, ya que ni con una ley de revisión constitucional podrían ser cercenados los principios fundamentales del ordenamiento.

Todo esto parece no valer, en cambio, para la CEDH y para los pronunciamientos de su Tribunal, a los que no se les reconoce la misma fuerza normativa asignada al derecho de la Unión y a las decisiones de su Tribunal. Sin embargo, por un lado, de la CEDH misma desciende un vínculo, válido sin ninguna preclusión, de generalizada observancia de los pronunciamientos de su Tribunal, mientras que, por otro lado, como hemos tratado de demostrar hace poco, no parece posible, en el terreno específico de la salvaguardia de los derechos fundamentales, dar lugar a artificiosas distinciones de tratamiento de las normas y de los actos en general que, disponiéndose al servicio de los derechos mismos, pueden ostentar múltiples «coberturas» de carácter axiológico (que descienden específicamente de los artículos 2 y 3 de la Constitución, en su hacer «sistema» con los demás principios), distinciones que por lo tanto resultarían incoherentes respecto a la premisa según la que debe haber más fuentes y sedes institucionales habilitadas que se encarguen de las pretensiones en las que estén en juego los derechos, con el hecho mismo de dar lugar a su reconocimiento (en sentido estricto y pleno).

El resultado es que la perspectiva correcta para observar todas estas experiencias no puede ser otra que —como decíamos— la de inspiración axiológico-sustantiva y la técnica apropiada para dar una calificación y sistematización global, aquélla de las ponderaciones según el valor.

Los conflictos entre decisiones judiciales poniéndose —como indicábamos hace poco y ahora se puede apreciar completamente— como formas peculiarmente expresivas de los conflictos entre valores, no pueden recibir otro orden preconstituido por lo que se refiere a su solución, ni desde el punto de vista del Derecho interno ni desde el punto de vista eurounitario o del Derecho convencional⁴⁹, una vez que se convenga —como es debi-

⁴⁸ Por otra parte, la previsión de la comunicación de las decisiones de adopción a las Cámaras de los eventuales actos «consecuenciales» se debe justo a la eventualidad de que, *con las debidas formas* (las *constitucionales*, de hecho), el legislador pueda, si quiere, modificar el parámetro constitucional [al respecto, mi *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milán 1998, 26 ss.].

⁴⁹ Por otra parte, también en el terreno, aquí no explorado, de los conflictos entre cosas juzgadas europeas y cosas juzgadas ordinarios (sobre esto, entre los muchos, vid. VV. AA., *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, F. Spitaleri (ed.), Milán 2009; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, en *Giur. It.*, 2009, 2815 ss.; V. SCIARABBA, *La «riapertura» del giudicato in seguito a sentenze de la Corte di Strasburgo: questioni generali e profili inter-*

do— que es un principio fundamental de cualquier ordenamiento el de la abertura a los otros ordenamientos, una abertura no prejudicial o axiomáticamente limitada en aplicación de cánones formales y, sin embargo, siempre idónea para andar al encuentro de límites *in concreto*, según las combinaciones de orden axiológico-sustantivo solicitadas por los casos y, en última instancia, funcionales a la íntegra salvaguardia del que —como se decía— puede considerarse el único, verdadero *Grundwert* bien de cada ordenamiento como de las relaciones entre los mismos, la dignidad de la persona humana.

8. ¿DEMASIADAS CARTAS Y DEMASIADOS TRIBUNALES? ALGUNOS «CASOS DIFÍCILES» DE INTERFERENCIA, EN EL ÁMBITO DE TUTELA DE LOS DERECHOS

Es desde la perspectiva que acabamos de adoptar que ahora pueden ser revisados algunos «casos difíciles», que pueden darse como consecuencia de la aglomeración de las Cartas y de la asignación a más Tribunales de la función de dar efectiva (y no nominal) protección a los derechos. La posibilidad de superposición es aún más posible después de Lisboa, en particular por el efecto del reconocimiento formal de la Carta de Niza-Estrasburgo como documento que tiene el mismo valor de los tratados y de la prevista adhesión de la Unión al TEDH.

Anticipo una conclusión que, por otra parte, debería parecer ya clara a la luz de los pasos dados hasta aquí; y es que si nos quedamos en el orden de ideas que ve una de los Tribunales (bajo mi punto de vista, no importa cuál) como Corte «suprema»⁵⁰, idónea para tener la última palabra en los conflictos de carácter axiológico, no podemos solucionar las

ni, en Giur. Cost., 2009, 513 ss. e *La «riapertura» del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, en *Dir. Pubbl. comp. Eur.*, II/2009, 917 ss.; M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei contro limiti costituzionali*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2/2009, 341 ss. y, en particular, el amplio ensayo de R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, en www-astrid-online.it, puede darse el caso en el que unos sean árbitros de los otros, dando por lo tanto vida a balances apreciables en razón del tipo de contexto (normativo y factual juntos).

Al respecto ha habido un ejemplo hace no mucho tiempo en ocasión del caso *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo* (sent. del Tribunal EDH del 28 de junio de 2007 que se ha convertido en definitiva el 28 de septiembre de 2007, tras el recurso n. 76240/01), que ha dado la posibilidad al Tribunal de Estrasburgo de declarar contraria a la Convención el pronunciamiento de un juez luxemburgués que se había opuesto a la transcripción en el registro del estado civil de un pronunciamiento de adopción emitida por un juez peruano (vid. anotado el caso por P. PIRRONE, *Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, en *Dir. um. e dir. internaz.*, 3/2009, 151 ss.).

⁵⁰ Comienza la carrera sobre qué Tribunal europeo tenga que ser, al final, el que se imponga sobre los otros; una carrera que —como voy a decir— juzgo ociosa y, es más, dañina.

muchas y graves cuestiones que surgirán dentro de poco. Toda imagen de tipo piramidal o vertical —no me cansaré de repetirlo— constituye una representación parcial y deformante de relaciones que tienen en su consustancial fluidez y maleabilidad, como capacidad de adaptación a los casos, su signo de identificación, más inmediato y genuinamente expresivo, y que tienen el terreno electivo en el que mejor puedan implantarse y desarrollarse en un plano horizontal⁵¹, sobre el que los Tribunales puedan competir el uno con el otro, buscando las formas más adecuadas para su afirmación cultural, por lo que cada uno de ellos ha de ofrecer con vistas a la regeneración de la jurisprudencia propia y de la de los otros y, por lo tanto, para una creciente, en las condiciones contextuales, salvaguardia de los derechos.

La solución óptima —no cabe duda— es la que conduce a la prevención de los conflictos, más que a sus sucesivos replanteamientos de modo como quiera que sea consentido y, a veces, no lineal. Una prevención que requiere de mucha buena voluntad por todas las partes, de la disponibilidad al cotejo (al «diálogo», como suele decirse) y, si acaso, también a la ocasional retirada de las propias posiciones, siendo conscientes de que en otras ocasiones el resultado del partido puede ser diferente.

Con esta advertencia general, voy a tomar en consideración algunas hipótesis, en las que parto de la tesis de que puede asistirse a la superación de la misma decisión judicial interna (ya sea ordinaria o constitucional) aunque dejando clara la hipótesis alternativa de que sea la decisión de una de las dos Cortes europeas la que tenga que detenerse frente a la primera, cada vez que —en nombre de los contralímites o de otra cosa— a los ojos del juez nacional (constitucional o no) la Constitución y las fuentes que de ella descendan ofrezcan una más adecuada tutela de los intereses en juego (y, como decíamos, en última instancia, de la dignidad).

Es interesante notar que algunos de los casos a los que nos vamos a referir muestran la aptitud de la CEDH a hacerse valer directa e inmediatamente ante los jueces comunes, demostrando cómo ha sido excesivamente precipitada la solución patrocinada hasta hoy por parte de la jurisprudencia constitucional, por lo que se refiere a la (no) directa aplicación de la CEDH cuando se topa con normas de Derecho interno.

⁵¹ Bajo el punto de vista aquí adoptado, la fórmula de la tutela «multinivel» de los derechos, entendiéndola como referida a planos dispuestos a escala, se revela poco afortunada y merecería por lo tanto ser dejada de lado sin arrepentimiento. Personalmente, prefiero hablar de *tutela «interconstitucional»* (e *«interjurisprudencial»*) de los derechos, justamente para resaltar los hechos de *integración cultural*, antes que *positiva*, que se entretienen en el plano de las relaciones interordinales, por la forma según la cual las Cartas y los Tribunales se socorren mutuamente, alimentándose incesantemente y paritariamente entre sí. No voy a crear, sin embargo, una cuestión respecto a los nombres.

Considérese, por ejemplo, un caso en el que un mismo derecho esté reconocido en términos similares (o, incluso, idénticos) por la Carta de Niza y por la CEDH⁵² y que la previsión que les haga lugar se considere también dotada de la aptitud para tener inmediata aplicación⁵³. Pues bien, una ley que contraste con esto, en cuanto incompatible con una norma de la Unión, requeriría ser dejada de lado para dejar sitio a la misma norma, mientras que en cuanto contraria a una norma convencional requeriría que el juez constitucional la diera por invalidada.

Es más, dejando de lado esta posibilidad, también hay que tener en cuenta la hipótesis de que la norma que tiene origen externo pueda ser juzgada en conflicto con una o más normas constitucionales. Lo que, además, conduciría a la lamentable situación en la que la misma norma, en cuanto contenida en el documento de la Unión, podría (y, es más, debería) ser igualmente aplicada (siempre que, según la tesis hoy mayormente adoptada, respete los contralímites) mientras que, en cuanto contenida en la Convención merecería ser presentada al juicio de la *Corte Costituzionale*.

Ahora bien, en las circunstancias a las que nos referimos aquí, se establece un verdadero cortocircuito, por efecto de la aporía denunciada más veces, que ve documentos que tienen todos la misma naturaleza materialmente constitucional (y, más bien, constitucional por excelencia, ya que se refiere a derechos fundamentales) que necesitan —según la jurisprudencia prevalente— recibir tratamientos diferenciados.

Razonando según los esquemas usualmente adoptados por la teoría de las fuentes, la solución más adecuada, con mucha probabilidad, parecería ser la que ve aplicada de inmediato la norma europea en razón del hecho de ser acogida por la fuente que, desde el punto de vista del Derecho interno, es la más «fuerte» (pero no se descuide la conclusión alcanzada arriba, según la cual ninguna fuente puede decirse en abstracto más «fuerte» que otra, ya que todas deben jugar cada vez el partido en condición de paridad según el caso específico). Sobre la técnica de resolución de las antinomias constituidas por la anulación debería por lo tanto prevalecer la técnica de la «no aplicación» de la ley que, al mismo tiempo, parezca ser «anticomunitaria y anticonvencional», a no ser que —como advertíamos y queremos confirmar ahora— no se considere la ley misma idónea para ofrecer una más «intensa» tutela de los derechos, vistos en su hacer «sistema».

⁵² Como es sabido, son muchas las correspondencias indicadas en la explicación adjunta al art. 52 de la Carta de Niza. Naturalmente, no podemos excluir que el catálogo pueda ser extendido según la apreciación discrecional del juez, cuya decisión —no se olvide— sigue siendo expuesta a la sanción ante uno u otro Tribunal europeo.

⁵³ Una calificación, ésta, que —especialmente *ex parte Unionis*— podría darse en muchos casos (una vez más hemos de tener en cuenta la posibilidad de una diversa orientación en relación a esto por parte del juez respecto al juez de la Unión misma, aunque a pesar de este riesgo mucho puede ayudar la activación del instrumento del reenvío prejudicial).

Las cosas, sin embargo, se complican bastante en presencia de conflictos entre las *mismas* normas europeas, en el momento en que las normas internas podrían, a su vez, ya resultar conformes a un parámetro externo y no conformes respecto al otro, o ya, a su vez, no conformes respecto a ninguno de los dos.

Aquí, la solución de la prevalencia de la fuente más «fuerte —admitiendo que se considere la más justa— se dirige hacia un obstáculo prácticamente insuperable. Es verdad, en efecto, que el Derecho de la Unión recibe en el ámbito interno un tratamiento privilegiado respecto al Derecho convencional, lo que, por lo tanto, parecería empujar hacia la tesis de la «no aplicación» de la ley anticomunitaria, mientras que en el caso en que esta última sea conforme al Derecho de la Unión y no al de la CEDH parecería ser igualmente aplicable en virtud de la «cobertura» que le ofrece el mismo Derecho. Sin embargo, el mismo Derecho de la Unión requiere que la Carta de Niza sea entendida y aplicada de manera conforme a la Convención. Lo que empuja más bien hacia el resultado de no poder dar la precedencia al Derecho de la Unión.

Traspuesta la cuestión al plano de las relaciones entre los jueces, hay que preguntarse —y es un verdadero *punctum crucis*— si todas estas apreciaciones pueden considerarse remitidas exclusivamente a los operadores de justicia o si éstos pueden o deben tener el apoyo de los Tribunales europeos.

No tengo motivo para negar el reconocimiento, en vía de principio, de la directa responsabilidad del juez común respecto a la decisión considerada justa. Sin embargo, es justamente por el hecho de que el conflicto se desarrolla, en teoría, al máximo nivel, involucrando a los mismos Tribunales europeos, por lo que me parece positivo que se ofrezca a estos últimos la oportunidad de solucionarlo, allanando así el camino al operador nacional. Una aportación muy positiva al respecto vendría de la utilización del instrumento del reenvío prejudicial, que puede hacer que el Tribunal de Luxemburgo se alinee, después de un posible alejamiento, con el Derecho convencional «viviente», sin excluir, por otra parte, la eventualidad de que, si este último Tribunal no cambia la orientación ya manifestada, pueda ser después el de Estrasburgo, si se acude a él nuevamente, el que corrija la dirección, aún más si se trata de una dirección todavía incipiente, no suficientemente consolidada. Si luego el juez común considera oportuno decidir apelar al juez constitucional⁵⁴, de éste último podría llegar una

⁵⁴ Lo que —como es sabido— puede surgir de muchas maneras: denunciando el juez común la sospechosa violación de un contralímite por parte del derecho de la Unión o de una norma constitucional en general por parte de la Convención o, es más, la violación de ésta última por parte de la ley nacional o, en fin, la violación de una norma de la Unión no *self-executing*.

solicitud aún más vigorosa para que uno u otro Tribunal europeo (o, quizás, ambos...) especifiquen más sus respectivos puntos de vista y, si acaso, los modifiquen.

Como decíamos, en la partida juegan todos; y quienes tienen las mejores cartas pueden jugar un papel determinante para los demás, cultural —como decíamos— antes (o más) que positivo, en beneficio de los derechos de la persona. Todos los pronunciamientos de los jueces, sea cual sea el «nivel» en el que se adopten o la naturaleza de los mismos jueces (ordinarios, constitucionales, «paraconstitucionales»⁵⁵) y las direcciones que los mismos pronunciamientos componen están, por lo tanto, llamadas a disponerse en círculo, en un círculo que —como siempre— puede ser virtuoso o vicioso según que los elementos que se pongan en ello consigan, o no, alimentarse y regenerarse entre sí sin parar. Y esto puede hacerse de la mejor forma si se incrementa y se enraíza en el terreno de las relaciones interordinamentales la convencida y madura conciencia de que, abrirse sin prejuicio alguno a los otros y tomar de ellos a manos llenas, no significa perder la propia identidad sino, a la inversa, realizarla y exaltarla, *magis ut valeat*, al servicio del hombre, de sus más advertidas e inminentes necesidades, de su dignidad.

Traducción del italiano de Antonio Petrarulo***.

⁵⁵ La tendencia de los Tribunales europeos a ponerse como verdaderas Cortes constitucionales se releva por la más sensible doctrina (hay indicaciones, últimamente, en el escrito, al que ya nos hemos referido arriba, de O. POLLICINO-V. SCIARABBA).

*** Doctorando del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.