

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

ITALIANO

**SETENTA AÑOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA
CONSTITUCIÓN**

ANGELO VIGLIANISI FERRARO

Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar el problema de la tutela multinivel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico italiano. No obstante la Constitución italiana, desde su entrada en vigor en 1948, estableció, sobre todo a través de los artículos 10 y 11, un trato absolutamente *preferencial* para cualquier forma de integración internacional, aunque la relación entre las fuentes estatales y las europeas sigue siendo conflictiva.

PALABRAS CLAVE: Tutela multinivel de los derechos fundamentales, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Tratados constitutivos de las Comunidades europeas y de la Unión, soberanía estatal.

ABSTRACT: *This paper analyzes the question of the multi-level protection of human rights in the Italian law system. Notwithstanding the Italian Constitution, since its entry into force in 1948, has established a great openness for any forms of international integration, above all through its articles 10 and 11, the relationship between national and European law sources remains conflicted.*

KEYWORDS: *Multi-level protection of human rights; European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms; Treaties establishing the European Communities and Union; State sovereignty.*

SUMARIO: I. PREMISA. LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO CON RESPECTO A LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES. II. DE LAS SENTENCIAS *COSTA-ENEL* AL PRONUNCIAMIENTO *TARICCO BIS*. LA PERPETUACIÓN DE UNA DISPUTA JURISPRUDENCIAL ENTRE LOS TRIBUNALES. III. DE LOS PRONUNCIAMIENTOS 348-349/2007 A LA SENTENCIA N.º 49 DEL AÑO 2015 DE LA *CORTE COSTITUZIONALE*. LA DUDOSA EFICACIA DEL CEDH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO. IV. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE GARANTIZAR UNA TUTELA JUSTA, Y LO MÁS UNIVERSAL POSIBLE, DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL *ESPACIO JURÍDICO EUROPEO*. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. PREMISA. LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO CON RESPECTO A LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES.

El problema de la tutela multinivel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico italiano está estrechamente ligado al de la relación entre sus fuentes (nacionales y supranacionales), en tanto que garantes de las situaciones jurídicas subjetivas en cuestión; razón por la que este trabajo aborda el objeto de su estudio desde dicha compleja (y no siempre armoniosa) concordancia normativa.

La Constitución italiana, desde su entrada en vigor en 1948, estableció, sobre todo a través de los artículos 10 y 11, un trato absolutamente *preferencial* para cualquier forma de integración internacional¹. Y precisamente estos preceptos posibilitaron a Italia la adhesión a importantes Convenciones internacionales y Acuerdos, Tratados y Pactos, firmados con otros Países europeos o extraeuropeos, entre los que es de obligada mención el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y los Tratados constitutivos de las tres Comunidades europeas y de la Unión².

La apertura a las fuentes supranacionales fue ultimada con la conocida reforma del título V de la Constitución³, que modificó el art. 117, al que dio la siguiente redacción:

¹ El art. 10 dispone, en su primer apartado, que “el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”; y el art. 11 preceptúa que “Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las nacionales, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin”.

² Según RUGGERI, A., «Ancora in tema di rapporti CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche», en www.associazionedeicostituzionalisti.it, “la Constitución (y todo el orden jurídico interno basado en la misma) se direcciona, *natural y necessariamente*, al ordenamiento internacional y a los ordenamientos supranacionales, en los cuales se concretan la paz y la justicia entre las naciones... pero, más en general y conjuntamente con estas, es la entera tabla de valores constitucionales que puede ser servida aún mejor gracias a la ayuda ofrecida *ab extra*”.

³ El cambio de la Carta fundamental fue realizado por la Ley constitucional del 18 de octubre de 2001, n.º 3, en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, n.º 248 del 24 de octubre del 2001. La bibliografía pertinente es muy extensa. Cf., por todos, PINELLI, C., «I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario», en *Foro it.*, 2001, V, p. 194 ss.; CANNIZZARO, E., «La riforma “federalista” della Costituzione e gli obblighi internazionali», en *Riv. dir. intern.*, 2001, p. 921 ss.; CONFORTI, B., «Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari», en *Foro it.*, 2002, V, p. 229 ss.; LEANZA, U., «Le Regioni nei rapporti internazionali e con l'Unione europea a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione», en *Riv. dir. int.*, 2003, p. 223; PIZZETTI, F., «I nuovi elementi “unificanti” del sistema italiano: il “posto” della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il “ruolo” dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione», en www.associazionedeicostituzionalisti.it; SORRENTINO, F., «Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario», en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1355; TEGA, D., «La CEDU e l'ordinamento italiano», en CARTABIA, M. (ed.), *I diritti in azione*, Bologna, 2007.

“El poder legislativo es ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales”.

No obstante la evidente *voluntas* de las disposiciones constitucionales, la relación entre las fuentes estatales y las europeas sigue siendo conflictiva, de manera que persiste la sensación de que en el “espacio jurídico europeo” está teniendo lugar una “lucha subterránea” sobre quién tiene la última palabra en el tema de la tutela de los derechos fundamentales⁴.

II. DE LAS SENTENCIAS *COSTA-ENEL* AL PRONUNCIAMIENTO *TARICCO BIS*. LA PERPETUACIÓN DE UNA DISPUTA JURISPRUDENCIAL ENTRE LOS TRIBUNALES.

Después de una larga disputa jurisprudencial que se remonta a 1964 con el célebre caso *Costa/Enel*⁵ (seguido en 1975, con la sentencia n.º 232⁶ de la *Corte costituzionale* italiana, a la cual se añadió en 1978 la sentencia europea *Simmenthal*⁷) en 1984 la *Corte*

⁴ Cf., sobre el tema, ZAGREBELSKY, G., «Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sovranazionali», en *www.static.luiss.it*.

⁵ En la sentencia del 7 de marzo de 1964, n.º 14, la *Corte costituzionale* intentó reconstruir el problema de la relación entre el derecho nacional y el derecho comunitario, utilizando el tradicional principio cronológico, es decir de la sucesión de la ley ordinaria en el tiempo, según el cual “lex posterior derogat priori”, por eso, habiendo sido el derecho de los Tratados adoptado en Italia por medio de una ley ordinaria, nada impediría que una norma de igual rango posterior pudiera derogarla total o parcialmente. A estos comentarios replicó, unos meses más tarde, el Tribunal de Justicia, con la sentencia del 15 de julio de 1964, n.º 6/64, precisando, por el contrario, que “el Derecho nacido del Tratado no podría, en razón misma de su específica naturaleza, encontrar un límite en cualquier medida interna sin perder su propio carácter comunitario y sin que resultara removido el fundamento jurídico de la misma Comunidad” y “que la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”.

⁶ Con este pronunciamiento, el Tribunal señaló que “con respecto a las normas nacionales posteriores, adoptadas por ley o con actos equivalentes, este Tribunal considera que el ordenamiento vigente no otorga al juez italiano el poder de inaplicación, con el presupuesto de una general supremacía del derecho comunitario sobre la del Estado”. De este modo, se estableció la obligación para la autoridad jurisdiccional de someter al Tribunal la cuestión relativa a la legitimidad constitucional de una ley italiana en contradicción con el derecho comunitario, en base al artículo 11 de la Constitución.

⁷ Tribunal de Justicia, el 9 de marzo de 1978, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal S.p.a.*, asunto C-106/77. Con esta sentencia, el órgano de Luxemburgo argumentó que “el juez nacional está obligado a garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión examinando la compatibilidad con éste del Derecho nacional, y dejando de aplicar las disposiciones del Derecho nacional contrarias al Derecho de la Unión, sin tener que plantear previamente una cuestión al tribunal constitucional nacional ni ante cualquier otro órgano jurisdiccional nacional”; toda vez que ha precisado con duras palabras que “serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la

costituzionale, con el conocido pronunciamiento 170 (*Granital*) –ajustándose a las soluciones, pero no a las premisas⁸, del Tribunal de Luxemburgo– observó que “las disposiciones de la CEE, las cuales satisfacen los requisitos de la aplicación inmediata, del mismo modo, tienen que entrar y permanecer en vigencia en el territorio italiano, sin que el ámbito de su eficacia pueda ser afectado por la ley ordinaria del Estado”⁹.

Por otra parte, la *Corte costituzionale* precisó, de conformidad con la línea jurisprudencial que se desarrolló desde comienzos de los años setenta con la sentencia *Frontini*¹⁰, que “las limitaciones de soberanía” derivadas de la adhesión al Tratado no habrían podido “implicar para los órganos de la CEE, un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana”¹¹, bajo pena de la posibilidad de revisar la legitimidad de los actos comunitarios y privarlos de su eficacia en Italia¹².

Ciertamente, los Tribunales nacionales no podían imaginar que en unas décadas sería la propia Unión Europea la que determinaría un control inverso, es decir, por un lado, la vigilancia del respeto de los derechos fundamentales (y de los valores) de la Unión europea por parte de los Estados Miembros (con la posibilidad de introducir “sanciones

plena eficacia de las normas comunitarias; que así sucedería, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición de Derecho comunitario y una ley nacional posterior, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del Juez encargado de la aplicación del Derecho comunitario, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia de dicho derecho no fuese más que temporal”.

⁸ Si bien el Tribunal de Luxemburgo había desarrollado, en diferentes sentencias, la “teoría monista”, según la cual el derecho comunitario y el derecho nacional son parte de un único sistema jurídico unitario (y por eso no existirían teóricamente ámbitos del derecho nacional desconocidos al derecho de la Unión), y también se había referido al Tratado CE como una “Carta constitucional” para el ordenamiento comunitario, la *Corte costituzionale* sigue afirmando la existencia de un infranqueable dualismo entre el ordenamiento jurídico comunitario y el nacional, los cuales, aunque coordinados, mantienen su propia autonomía y separación.

⁹ La *Corte costituzionale* clarificó que el efecto de la disposición comunitaria no es el de “derogar la norma interna incompatible, sino de evitar que dicha norma sea considerada para solucionar la contradicción ante el juez nacional”.

¹⁰ *Corte costituzionale*, sentencia n.º 183 del 27 de diciembre de 1973.

¹¹ “Obviamente –precisaron los integrantes de la Corte– en caso de que se siguiera tan aberrante interpretación, estaría asegurada la garantía del juicio de este Tribunal sobre la continua compatibilidad del Tratado con los principios fundamentales previos”. La *Corte costituzionale* también ha acordado, con la sentencia del 21 de abril de 1989 n.º 232, que “lo que es sumamente improbable, siempre es posible; también ha de tenerse en cuenta que por lo menos teóricamente no podría afirmarse con seguridad que todos los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional se encuentran entre los principios comunes de los Estados miembros y por ello sean incluidos en el ordenamiento comunitario”. Sobre el tema, cf. CELOTTO, A., «Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il “Trattato costituzionale” europeo», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹² Cf. la ordenanza del 12 de mayo de 1989, que la doctrina considera un reflejo de la sentencia alemana *Solange I*.

políticas” también muy duras para los países transgresores)¹³; y, por otro, la verificación de la existencia de cualquier “violación grave y manifiesta” de las normas de el ordenamiento jurídico comunitario (a partir de la que también podía derivarse una responsabilidad civil de los legisladores nacionales¹⁴).

El viejo “tira y afloja” entre la *Corte costituzionale* y el Tribunal de Justicia nunca desapareció por completo. Volvió a manifestarse, en toda su peligrosidad, con el célebre caso *Taricco*¹⁵ (el cual evoca la cuestión nacida en España, con el *affaire Melloni*¹⁶). Según el órgano jurisdiccional europeo “una normativa nacional en materia de prescripción de las infracciones penales como la establecida por el artículo 160, último párrafo, del Código Penal, en su versión modificada por la Ley nº 251, de 5 de diciembre de 2005, en relación con el artículo 161 de dicho Código, que disponía, en el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal, que la interrupción de la prescripción en el marco de un procedimiento penal relativo a fraudes graves en materia del impuesto sobre el valor añadido tenía como consecuencia ampliar el plazo de prescripción en tan solo una cuarta parte de su duración inicial, puede ser contraria a las obligaciones que el

¹³ Para una *overview* sobre los instrumentos de garantía de los derechos humanos contenidos en las fuentes europeas, v. FERRARO, A., «Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo», en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, *passim*.

¹⁴ Cf. la amplia jurisprudencia que comienza a partir de la sentencia *Francovich* del 1991. Sobre el tema, vid. FERRARO, A., «L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo», en *Danno e resp.*, 5/2007, p. 518 ss. y 6/2007, p. 629 ss.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), del 8 de septiembre de 2015, asunto C-105/14, *Taricco*, en *www.penalecontemporaneo.it*, con notas de VIGANÒ, F., «Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e *nullum crimen sine lege* in una importante sentenza della Corte di giustizia».

¹⁶ El Tribunal de Justicia, en la sentencia del 26 de febrero de 2013, C-399/11, *Melloni* (en *www.penalecontemporaneo.it*, con notas de VIGANÒ, F., «Obblighi di adeguamento al diritto UE e “controlimiti”: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni»), había señalado que “según la jurisprudencia consolidada... en base al principio de supremacía del derecho de la Unión, que es un rasgo esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, el hecho de que un estado miembro invoque disposiciones de derecho nacional, aun de nivel constitucional, no puede disminuir la eficacia del derecho de la Unión en el territorio del estado”. Cf., en tal sentido, las sentencias *Internationale Handelsgesellschaft*, de 1970, asunto 11/70; y *Winner Wetten*, del 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06). Es de tener en cuenta que el *Tribunal Constitucional de España*, en sentencia del 13 de febrero de 2014, *recurso de amparo* 6922/2008, *Melloni*, aunque repita la posición asumida hace 10 años con la Declaración 1/2004, es decir la posibilidad de activar los contralímites a la cesión de supremacía en favor de la Unión europea, establecida en el artículo 93 de la Constitución española, en los casos en que se afecten los “fundamentos jurídicos” del ordenamiento-nación, evitó seguir esta (peligrosa) premisa. “En este caso – observan los jueces – de lo que se habla es de una posible violación indirecta del derecho a un proceso justo garantizado por el artículo 24 de la Constitución española, resultante del envío de una persona a una jurisdicción extranjera la cual, hipotéticamente, podría ser responsable de la violación de este derecho. En estos casos, dice el Tribunal, la extensión de la tutela con respecto al derecho en cuestión puede quedar reducida en comparación con la que tiene que estar garantizada dentro de la jurisdicción española, en cuanto no tiene por qué incluir todas las garantías que la jurisprudencia constitucional española extrae del artículo 24, sino solo un núcleo de garantías básicas que constituyen la esencia del “proceso justo”, según el sentido reconocido en todas las tradiciones constitucionales europeas”. VIGANÒ, F., *op. cit.*

artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, impone a los Estados miembros, siempre que dicha normativa nacional impida imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, o establezca en el caso de fraudes que dañen los intereses financieros del Estado miembro, plazos de prescripción más largos que en el supuesto de fraudes que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”¹⁷.

Esa decisión generó gran perplejidad en Italia porque parece poner en duda un principio fundamental (previsto en el artículo 25 inciso 2 de la Constitución que garantiza un derecho inviolable de los ciudadanos): *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (regla también contenida en el artículo 49 de la Carta de Niza y en el artículo 7 del CEDH), el cual se traduce en una absoluta prohibición de retroactividad de la sanción penal (incluyendo las normas relativas a la prescripción, instituto de naturaleza sustancial y no meramente procesal¹⁸).

En un primer momento, la *Corte di Cassazione* italiana decidió seguir al pie de la letra las obligaciones impuestas por la sentencia del Tribunal de Justicia y procedió a la inaplicación de los artículos 160 y 161 del Código Penal¹⁹.

Pero la II Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de Milán adoptó otra posición. Mediante la sentencia del 18 de septiembre de 2015 alegó una cuestión de legitimidad constitucional en relación con el art. 2 de la ley n.º 130 del 2 de agosto de 2008 (la cual ejecutó, en el ordenamiento italiano, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, modificado por el artículo 2 del Tratado de Lisboa), “en la parte que impone la aplicación de la disposición contenida en el artículo 325 §§ 1 y 2 TFUE, desde la que –según la interpretación dada por el Tribunal de Justicia...– se establece la obligación del juez

¹⁷ El Tribunal de Justicia observa, finalmente, que “incumbe a éste garantizar la plena eficacia del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que impidan al Estado miembro de que se trate dar cumplimiento a las obligaciones que le impone dicho artículo”.

¹⁸ Sobre el tema, v. GIUNTA, F. – MICHELLETTI, D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 63 ss.; CUSMANO, E., «Estinzione del reato e della pena (cause di)», en *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 1 ss.; MOLARI, A., «Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)», en *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, p. 679 ss.; PANAGIA, S., «Prescrizione del reato e della pena», en *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 659 ss.; P. PISA, *Prescrizione (diritto penale)*, en *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78 ss.; SCARPINO, M., «Riflessioni in tema di prescrizione penale: natura; regime successorio, inidoneità dell'avviso di conclusione delle indagini ad interrompere il decorso del termine prescrizionale», en *Giur. mer.*, 2010, 2, p. 589 ss.

¹⁹ Sentencia de la III Sección Penal del Tribunal de Casación del 15 de septiembre de 2015 (dep. 20 de enero de 2016), n.º 2210, en *Giur. it.*, 2016, p. 965 ss., con comentario de ROSSI, F., «La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco».

nacional de inaplicar los artículos 160 último apartado y 161 segundo apartado del Código Penal en presencia de las circunstancias mencionadas en la sentencia, aun si la inaplicación implica efectos desfavorables para el acusado, por la ampliación del plazo de prescripción, en razón de la contradicción de dicha norma con el artículo 25 inciso 2 de la Constitución”.

En la misma línea de la Sala II del Tribunal de Apelaciones de Milán, se pronunciaron pocos meses después la IV Sala Penal (que con la sentencia del 25 de enero de 2016, n.º 7914, limitó el principio establecido por el Tribunal de Justicia²⁰) y la misma III Sala Penal de la *Corte di Cassazione* (que, con la ordenanza del 30 de marzo de 2016, n.º 28346, invocó otra cuestión de legitimidad constitucional, señalando una posible contradicción de la sentencia, no solo con el artículo 25 inciso 2, sino también con los artículos 3, 11, 27 inciso 3 y 101 inciso 2 de la Constitución italiana).

La *Corte costituzionale*, con la ordenanza n.º 24 del 26 de enero de 2017²¹, dispuso un reenvío prejudicial ante el órgano jurisdiccional europeo, con un tono de ultimátum y utilizando un estilo lingüístico casi político (muy inusual para un texto judicial) al afirmar que “hace falta preguntarse si el Tribunal de Justicia ha considerado que el juez nacional también tiene que aplicar la regla cuando la misma se opone a un principio básico del ordenamiento italiano. Este Tribunal piensa lo contrario, pero en todo caso, considera conveniente poner la cuestión en conocimiento del Tribunal de Justicia”.

Y después de recordar que, en función del artículo 4 inciso 3 del TUE, las relaciones entre la Unión y los Estados Miembros están reguladas en virtud del principio de cooperación leal “que implica mutuo respeto y asistencia”, ha precisado que “esto conlleva que las partes se unan en la diversidad” y que “no habría respeto si las razones de la unidad exigieran eliminar el núcleo de valores sobre el cual el Estado miembro se sustenta”, así como que “tampoco existiría, si la defensa de la diversidad excediera de aquel núcleo, llegando a obstaculizar la construcción del futuro de paz, basado en valores comunes, de los cuales habla el preámbulo de la Carta de Niza”²².

²⁰ En *www.penalecontemporaneo.it*, con notas de GALLUCCIO, A., «La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale».

²¹ En *www.giur.cost.it*, con notas de RUGGERI, A., «Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)»; MASTROIANNI, R., «Supremazia del diritto dell’Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco»; y BIN, R., «Taricco, una sentenza sbagliata: come venirme fuori?».

²² La *Corte costituzionale* también señaló que “la legitimidad (art. 11 Constitución italiana) y la misma fuerza unitaria dentro de un ordenamiento organizado en base al pluralismo (art. 2 TUE) nacen

La Corte italiana parece querer indicar al Tribunal de Justicia la dirección que tiene que seguir para evitar el conflicto con una norma constitucional italiana y garantizar una adecuada tutela de los intereses de la Unión Europea, que podría ser la de especificar mejor lo establecido en los incisos 53 y 59 de la sentencia del año 2015²³, afirmando así definitivamente que “la regla extraída del artículo 325 TFUE puede ser aplicada sólo si es compatible con la identidad constitucional del Estado miembro, y que compete a las autoridades competentes hacerse cargo de tal evaluación”; permaneciendo la posibilidad de probar posteriormente la responsabilidad del Estado (que, en verdad, en 2011 se activó, aumentando en un tercio los términos de prescripción de los delitos castigados por los artículos que van desde el 2 hasta el 10 del decreto legislativo n.º 74 de 2000), “por haber omitido elaborar un remedio efectivo contra los graves fraudes fiscales en perjuicio de los intereses financieros de la Unión o en contradicción con el principio de asimilación, y en especial por haber comprometido temporalmente el efecto de actos interruptivos de la prescripción”.

Nótese que, en realidad, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Taricco* ya había hecho un examen de compatibilidad entre dicha decisión y el artículo 49 de la Carta de Niza pero, también, sobre este tema, la *Corte costituzionale* intenta sugerir una vía que permita al juez europeo reconsiderar su posición, aunque sin tener que admitir un verdadero *revirement*: se trataría de especificar que este controvertido pronunciamiento “no ha examinado el otro perfil propio del principio de legalidad, es decir la necesidad de que la norma en relación con el régimen de punibilidad sea suficientemente determinada”²⁴.

gracias a su capacidad de incluir una tasa de diversidad mínima, pero necesaria para preservar la identidad nacional incluida en la estructura fundamental del estado miembro (art. 4, apartado 2, TUE). De otra forma los tratados europeos intentarían aniquilar el mismo fundamento constitucional por el cual han nacido gracias a la voluntad de los estados miembros”.

²³ Así pues, se argumentó que “si el juez nacional decidiera inaplicar las disposiciones nacionales de las cuales se está hablando, al mismo tiempo tendría que asegurarse de que los derechos fundamentales de los interesados sean respetados” y que la inaplicación sea establecida “con reserva por parte del juez nacional” para que se respeten los derechos de los imputados.

²⁴ Por otra parte, según la *Corte*, estaría en juego “una exigencia común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, también presente en el sistema de tutela del CEDH, y que por ello representa un principio general del derecho de la Unión”. Por tanto, “aunque se considerara que la prescripción tiene naturaleza procesal, o que también pueda estar reglada por una norma posterior a la comisión del delito, igualmente permanecería el principio de que la actividad del juez llamado a aplicarla tiene que depender de disposiciones legales suficientemente determinadas. En este principio se ve una parte constitutiva de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros de *civil law*, ya que éstos no atribuyen al juez el poder de crear un régimen legal penal que sustituya el establecido mediante ley aprobada por el Parlamento, dado que se rechaza la idea de que los tribunales penales se encarguen de lograr un fin, aunque legalmente predeterminado, sin que la ley diga a través de qué medios y con qué límites esto puede ocurrir”.

Finalmente, el 5 de diciembre de 2017, la Gran Sala del órgano jurisdiccional de Luxemburgo dictaminó nuevamente sobre el caso²⁵, y, apartándose de la solución rígida propuesta por el Abogado General el 18 de julio de 2017²⁶, ha decidido que “el artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al impuesto sobre el valor añadido, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea o que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate, a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción”.

La decisión así evitó desencadenar un conflicto entre los Tribunales, salvaguardando un principio considerado particularmente importante en el ordenamiento jurídico italiano, aunque la misma *Corte costituzionale*, en sentencia del 22 de julio de 2011 n.º 236, había señalado que “a partir de la jurisprudencia europea surge que el instituto de la prescripción, independientemente de la naturaleza sustancial o procesal que le atribuyen las diferentes tendencias nacionales, no forma parte de la tutela establecida por el artículo 7 de la Convención, tal y como se puede intuir de la sentencia del 22 de junio de 2000 (*Coeme y otros contra Bélgica*), mediante la cual el Tribunal de Estrasburgo

²⁵ En *www.penalecontemporaneo.it*, con notas de LUPO, E., «La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro»; BASSINI, M. – POLLICINO, O., «Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome»; y CUPELLI, C., «Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia».

²⁶ Cf. RUGGERI, A., «Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)», en *www.penalecontemporaneo.it*; BIN, R., «Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot» *Ibidem*; CORSO, P., «Taricco versus Montesquieu. La Consulta si schiera e l’Avvocato generale UE non convince», en *www.dpceonline.it*; CAPOTORTI, F., «Le conclusioni dell’Avvocato generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un’auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti?», en *Eurojus.it*.

consideró que no estaba en contradicción con dicha norma convencional una ley belga que ampliaba, con eficacia retroactiva, los términos de prescripción de los delitos”²⁷.

III. DE LOS PRONUNCIAMIENTOS 348-349/2007 A LA SENTENCIA N.º 49 DEL AÑO 2015 DE LA CORTE COSTITUZIONALE. LA DUDOSA EFICACIA DEL CEDH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

La relación entre las normas italianas y las reglas contenidas en la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 no fue (y no es) totalmente lineal ni carente de elementos de conflicto.

El 24 de octubre de 2007, mediante dos importantes y ampliamente discutidas sentencias, es decir las n.º 348 y 349, la *Corte costituzionale* parecía haber solucionado definitivamente la larga cuestión relativa, por un lado, a la relación entre las fuentes (también aplicables) del ordenamiento jurídico italiano y las disposiciones del CEDH, y, por el otro, a la eficacia que este Acuerdo internacional pueda tener sobre las normas del derecho estatal.

Después de una amplia y compleja premisa reconstructiva, la *Corte costituzionale* señaló, en relación con el primer punto, que la Convención Europea de Derechos Humanos se encuentra equiparada, con respecto al valor jurídico y jerarquía de las fuentes italianas, a cualquier otro tratado de derecho internacional, cuyas normas carecen de supremacía absoluta sobre las disposiciones nacionales y, por lo tanto, –aunque incluyen “el parámetro constitucional”– no pueden ser consideradas “inmunes al control constitucional”, ya que es “necesario que sean compatibles con la Constitución”. Además, se estableció, en relación al segundo elemento, que, teniéndose que atribuir al CEDH la naturaleza de “tratado internacional multilateral... desde el que surgen unas “obligaciones” para los Estados contrayentes”, pero no la incorporación... en un sistema más amplio, desde el que los órganos de decisión pueden dictar normas vinculantes, *omisso medio*, para todas las autoridades internas de los “Estados miembros”, se excluye categóricamente la posibilidad para el juez común de inaplicar “la norma interna supuestamente no compatible” (contrariamente a lo que sucede con las normas de la Unión europea *self executing*), aunque es necesario interpretar esta última “conforme a la

²⁷ Esta sentencia ha sido comentada por CONTI, R., «La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della CEDU nell’ordinamento interno», en *Corr. giur.*, 2011, 9, p. 1243 ss. (en esp. v. p. 1259 ss.); MARI, A., «Osservazioni a Corte Cost., 19 luglio 2011, n. 236», en *Cass. pen.*, 2011, 12, p. 4152 ss.; PINELLI, C., «Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale», en *Giur. cost.* 2011, 4, p. 3047 ss.

disposición internacional, en la medida en que esto está permitido por los textos de las normas”²⁸.

Todo esto porque, según la *Corte costituzionale*, la Convención Europea de Derechos Humanos (a diferencia del derecho de la UE), no goza de la protección constitucional dada por el artículo 11 Const.²⁹ (el cual establece una verdadera limitación de soberanía, válida para todos los poderes del Estado), sino sólo de aquella (más leve) prevista por el artículo 117 Const. (por lo que se vincularía exclusivamente al legislador)³⁰.

En otras sedes ya he mostrado la debilidad de este pensamiento que, por un lado, reconoce una supremacía casi absoluta de las normas comunitarias (con el único límite del denominado “núcleo duro” de la Constitución), excluyéndola para una fuente, como el CEDH³¹, desde siempre considerada un límite interpretativo y de aplicación propio para el derecho derivado y para las normas de los Tratados europeos³² (y también para las derogaciones que estos últimos conceden a los Estados miembros) –y destinada a convertirse pronto en una verdadera y propia obligación jurídicamente vinculante para

²⁸ Así en la sentencia n.º 349/2007.

²⁹ La disposición en cuestión, por tanto, únicamente daría tutela constitucional en Italia a los ordenamientos supranacionales capaces de “producir normas directamente aplicables en el ámbito nacional. Esto es, una *norma-fotografia*... que sólo vale para el derecho comunitario (y no así, por ejemplo, para las Naciones Unidas)”. Así RUGGERI, A., «*La CEDU alla ricerca di una nuova identità...*», cit. Sin embargo, es conveniente poner de manifiesto que cuando la Constitución italiana entró en vigor las Comunidades europeas no existían y que, teniendo en cuenta la imposibilidad de considerar a las Naciones Unidas como una organización que instituye un *ordre juridique supranational*, siguiendo lo que dijo recientemente la *Corte costituzionale* para excluir el sistema político-normativo nacido con el Consejo Europeo de las realidades internacionales capaces de limitar la soberanía estatal italiana, resultaría, con mayor razón, la exclusión de la ONU de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Fundamental (cf. CONFORTI, B., «*La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*», en *Giur. it.*, 2008, p. 570). Pero, dicha argumentación es arbitraria y antihistórica, por la sencilla razón de que esta disposición constitucional “surgió con el fin de que Italia se uniera a la ONU, en cuanto en aquel momento solo las Naciones Unidas constituían un referente entre las organizaciones internacionales y la creación de una comunidad europea aun no había empezado”. Así MARCAZZAN, S., *op. cit.* Lo mismo opina DE FIORES, C., «*Una guerra contro la Costituzione*», en *www.costituzionalismo.it*. Para conocer la elaboración y aprobación de dicha disposición constitucional, y para una visión general bibliográfica y jurisprudencial sobre el tema puede verse CARTABIA, M. y CHIEFFI, L., *sub* art. 11, en BIFULCO, R., CELOTTO, A. y OLIVETTI, M. (eds.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 263 ss.; así como CASSESE, A., *Lo Stato e la Comunità internazionale*, en BRANCA, G. (ed.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 461 ss.

³⁰ Una crítica a esta premisa, “no probada y en todo caso discutible”, se encuentra en RUGGERI A., «*La CEDU alla ricerca di una nuova identità...*», cit.

³¹ Sobre el tema, vid. CONTI, R., «*La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*», en *Corr. giur.*, 2008, p. 211.

³² Ha de tenerse en cuenta la argumentación contenida en la sentencia *Carpenter*, del 11 de julio de 2002, asunto C-60/00, en la que, solucionando un caso sobre el ámbito de aplicación del art. 49 del Tratado, particularmente con respecto al art. 8 de la Convención del '50, el Tribunal de Justicia señaló que la disposición CE se interpreta “según el derecho fundamental del respeto de la vida familiar” garantizado en dicha disposición del CEDH.

todas las instituciones y para los órganos de la Unión (dada la prevista adhesión de esta última al sistema jurídico fundado en 1950)—; mientras que, por otro, niega, genérica y categóricamente, a las normas establecidas en la Convención el poder de tener el efecto de desaplicar las fuentes nacionales.

El contenido de estos pronunciamientos judiciales, reiterado varias veces por la *Corte costituzionale* italiana³³ ha sido considerado por gran parte de la doctrina (y también por el redactor de la sentencia n.º 349/2007³⁴, bajo diferentes puntos de vista) necesariamente como “de transición”³⁵.

La entrada en vigor, el 1º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa, y con él también de una serie de disposiciones destinadas a incidir profundamente en el sistema de fuentes vigente en el *espacio jurídico europeo* y a moverse hacia el pleno reconocimiento de la integración estructural entre derecho interno y supranacional (así como la supremacía de este último), permitió mostrar la necesidad de una revisión general de la relación entre normas estatales y reglas de derivación europea, principalmente en el delicado sector de los derechos fundamentales.

Conscientes del tema se mostraron, entre las primeras, la IV Sala del Consejo de Estado y la II-bis Sala del TAR Lazio, las cuales, respectivamente, con la sentencia n.º 1220 del 2 de marzo de 2010 y el pronunciamiento n.º 11984 del 18 de mayo de 2010³⁶, intentaron (aunque con argumentos poco persuasivos) reasignar al CEDH la correcta ubicación en la jerarquía de las fuentes del ordenamiento italiano y el natural poder de resistencia (e incluso de la no aplicación) respecto a las normas estatales.

Con la sentencia n.º 1220/2010, el Consejo de Estado, ocupándose de un complejo caso relativo al muy discutido instituto italiano de la “*accessione invertita*”, abordó *incidenter tantum* la cuestión sobre la relación entre CEDH y las normas nacionales, y,

³³ Cf. entre las tantas, las sentencias n.º 39 del 27 de febrero de 2008; n.º 129 del 30 de abril de 2008; n.º 239 del 24 de julio de 2009; n.º 311 del 26 de noviembre de 2009 y n.º 317 del 4 de diciembre de 2009; n.º 187 del 28 de mayo de 2010; n.º 196 del 4 de junio de 2010; n.º 227 del 24 de junio de 2010; n.º 236 del 7 de julio de 2010; n.º 271 del 22 de julio de 2010; n.º 281 del 23 de julio de 2010; pero también la n.º 163 del 6 de mayo de 2010 y la sentencia n.º 93 del 12 de marzo de 2010; la n.º 138 del 15 de abril de 2010; y, más recientemente, las sentencias n.º 236 del 2001, n.º 303 del 2011, n.º 15 del 2012, n.º 1 del 2013.

³⁴ TESAURIO, G., «Costituzione e norme esterne», en *Dir. un. eur.*, 2009, p. 213, señaló que la orientación del Tribunal Constitucional “ha de ser considerada como parte de un camino, y por tanto mejorable, en un tema tan complejo y en continua evolución, en el que pocas son las soluciones considerables como definitivas”. Según su opinión, de otra parte, “sería ilusorio pretender descubrir y solucionar de una vez los diferentes problemas de cuestiones tan complicadas” (p. 228-229).

³⁵ RUGGERI, A., «La CEDU alla ricerca di una nuova identità...», cit.

³⁶ Vid. VIGLIANISI FERRARO, A., «Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra *illegittima espropriazione* della funzione propria della CEDU ed *irragionevole durata* di uno scontro giudiziario», en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 651 ss.

con una sucinta, pero resolutive, declaración de principio (claramente destinada a influir en ulteriores decisiones de los jueces administrativos), consideró útil, para solucionar la controversia, “aplicar los principios sobre la eficacia de la tutela jurisdiccional, derivados del artículo 24 de la Constitución y 6 y 7 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, que se convirtieron en directamente aplicables en el sistema nacional, tras la modificación del artículo 6 del Tratado, establecida por el Tratado de Lisboa...”.

Al respecto, la decisión del TAR Lazio parece ser mucho más clara e incisiva. Recordando la sentencia constitucional n.º 349/2007 e imaginando poder realizar algo similar a una prosecución ideal de la tesis defendida por la *Corte costituzionale* en aquella circunstancia, los jueces administrativos, en el pronunciamiento n.º 11984/2010, señalaron que “la cuestión jurídica en examen parece destinada a nuevos y más incisivos desarrollos tras la entrada en vigor, el pasado 1º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa”, el cual “entre las más importantes novedades” establece “la adhesión de la Unión al CEDH”; y, después de recordar que –según el nuevo artículo 6, apartado 3, del Tratado UE– los derechos fundamentales garantizados por la Convención del 1950 y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes forman parte del derecho de la Unión como principios generales, decretan que este “reconocimiento... tiene inmediatas consecuencias de primera importancia, en cuanto las normas de la Convención se convierten inmediatamente en eficaces en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros... más aún en el caso en que... el Tribunal de Estrasburgo se hubiera ya pronunciado sobre la cuestión”.

Mostrándose mucho más innovadora de lo que a primera vista parece, la sentencia del Tribunal administrativo afirma, aunque de forma hipotética, que el CEDH en sí mismo y no como complejo de principios creados por la Unión, tiene que ser considerado como una fuente adecuada para producir efectos de inaplicación iguales a los reconocidos hasta hoy a las normas *self executing* comunitarias.

Como hemos señalado en otros trabajos³⁷, los argumentos utilizados por los jueces administrativos a favor de su propia línea no parecen aceptables por diferentes razones³⁸.

³⁷ FERRARO, A., *Recenti sviluppi...*, cit. *passim*.

³⁸ Téngase en cuenta que la adhesión está muy lejos de concretarse (también porque recientemente el Tribunal de Justicia emitió un dictamen negativo sobre el proyecto de adhesión), razón por la que las normas siguen siendo consideradas principios generales. De este modo, cuando se concrete la adhesión, ésta valdrá como regla gracias a la cual el CEDH podrá, mediante el derecho de la Unión europea, tener una relevancia más fuerte, pero únicamente en ámbitos en los que la Unión tenga competencia exclusiva o compartida (cf. artículo 51 de la Carta de Niza); aunque, parece difícil que cambie su relevancia normativa.

Sin duda, es correcto pensar que no es posible reconocer genéricamente al CEDH eficacia directa en los ordenamientos nacionales, pero no tanto por falta de una limitación a la soberanía del Estado derivada por la adhesión de Italia al Consejo Europeo (como erróneamente sigue asumiendo la *Corte costituzionale*³⁹), sino por la naturaleza de las normas contenidas en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Estas últimas, de hecho, resultan expresadas (por obvias razones de oportunidad política) como principios generales absolutamente vagos e indeterminados y, por ello, no tienen, abstractamente, el carácter específico y detallado requerido (también por el mismo Tribunal de Justicia en relación con todas las fuentes europeas ontológicamente carentes del rasgo de la aplicabilidad directa, incluidas las disposiciones de los tratados⁴⁰ y, hoy, de la Carta de Niza) para poder producir efectos directos.

Por otro lado, la endémica falta de naturaleza *self executing* de los derechos consagrados en el CEDH no excluye la posibilidad de que posteriormente puedan convertirse en “claras, precisas e incondicionales” (si se desea utilizar una fórmula bien conocida por los jueces de Luxemburgo) y producir la misma eficacia directa (y de inaplicación) reconocida a las directivas negativas, a aquellas suficientemente detalladas, o a aquellas que reproducen normas ya directamente vinculantes contenidas en los tratados⁴¹.

Esto pasará, esencialmente, si el órgano nombrado para realizar una función, no sólo *nomofiláctica* (como estamos acostumbrados a pensar en los sistemas de *civil law*), sino incluso creativa del derecho (*nomopoiética* o *para-legislativa* se podría decir⁴²), es decir, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, atribuye a dichas normas (interpretándolas con autoridad) el carácter “particular” apto para eliminar cualquier duda sobre la forma en que tienen que interpretarse y aplicarse en los ordenamientos nacionales

³⁹ Sobre el tema, cf. ZANGHÌ, C., «La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007», en <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>. El jurista opina que “cualquier tratado internacional, y especialmente la Convención europea, supone una limitación parcial de soberanía, como la que ocurrió luego de la adopción de obligaciones internacionales, cuyo respeto limita la libertad del Estado, en el sentido de que el mismo no puede tomar iniciativas legislativas o de otra naturaleza en contra de la obligación internacional”. Cf., en tal sentido, REPETTO, G., «Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso», en *Giur. it.*, 2008, p. 312; CONDORELLI, L., *op. cit.*, p. 302 ss.; CATALDI, G., *op. cit.*, p. 325 y GUAZZAROTTI, A. – COSSIRI, A., «La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole», en www.forumcostituzionale.it.

⁴⁰ Cf. DI LEO, N., *op. ult. cit.*, p. 768.

⁴¹ Sobre el tema, vid. BENACCHIO, G., *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 103 ss.

⁴² Cf. POLLICINO, O. – SCIARABBA, V., «La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale», en www.forumcostituzionale.it, *passim*.

(también directamente por los jueces comunes, en el ámbito de una intervención legislativa más compleja y general⁴³).

A falta de un pronunciamiento previo del órgano jurisdiccional europeo, tal vez sería correcto encomendar a la autoridad jurisdiccional nacional la tarea (delegada) de identificar caso por caso el correcto alcance del conflicto entre las normas, y evaluar (también con respecto a las normas de la Convención europea de 1950, del mismo modo que en relación a las fuentes de la Unión Europea) “si la naturaleza, el sistema y el tenor literal de la disposición de que se trate pueden producir efecto directo”⁴⁴.

En caso de que no se produzca una intervención aclaratoria por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y no parece que se den las condiciones para que se pueda reconocer la aplicación directa de una determinada norma del CEDH, que incida, por ejemplo, en el delgado ámbito de los denominados derechos sociales, o sea alegada en el ámbito de conflictos entre particulares), ante un contraste con una norma nacional (aun no solucionado por medio de una intervención del órgano legislativo o de la *Corte costituzionale*), hará falta que las autoridades jurisdiccionales intervengan (como pasa con las disposiciones de la Unión Europea incapaces de producir efectos directos) y, aunque no puedan inaplicar las normas nacionales, por lo menos intenten interpretar estas últimas lo más conforme posible a la Convención europea.

Y si tampoco este instrumento de tutela puede apoyar las posiciones de los interesados –ténganse en cuenta todas las hipótesis en las que la norma interna no es suficientemente abierta para permitir interpretaciones “orientadas *convencionalmente*”⁴⁵, o los casos (más teóricos que reales) donde no exista una norma estatal sobre la cual intervenir de forma hermenéutica⁴⁶–, no parece infundada la tesis, apoyada con autoridad por la doctrina, que sostiene la posibilidad de reconocer a los particulares el derecho de indemnización de los daños provenientes de la violación del CEDH por parte del Estado (que no ha dado el debido cumplimiento legislativo a las disposiciones del Acuerdo

⁴³ Vid., en la materia, ZANGHÌ, C., *op. cit.*

⁴⁴ Exactamente como se exige para las directivas comunitarias por el Tribunal de Justicia en la famosa sentencia *Van Duyn* del 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74.

⁴⁵ La misma *Corte costituzionale* ha aclarado que la norma interna “no puede ir más allá de su límite hermenéutico”. En tal sentido DE LEO, N., *op. cit.*, p. 772, opinando sobre las palabras del juez de las leyes.

⁴⁶ Piénsese en las hipótesis en las que la interpretación conforme a la Convención puede convertirse en una *interpretatio contra legem* de la norma interna: posibilidad considerada inadmisibles también por el mismo Tribunal de Justicia con respecto al derecho comunitario (cf., sobre todas, las sentencias *Pretore di Salò*, del 11 de junio de 1987, asunto 14/86; *Arcaro*, del 26 de septiembre de 1996, asunto C-168/95; *Berlusconi e a.*, del 3 de mayo de 2005, asunto C-387/02, C-391/02 y C-403/02).

internacional en cuestión y ha dejado a los ciudadanos sin tutela efectiva de sus derechos fundamentales)⁴⁷.

Negar una gama similar de protección en favor de los individuos, quedándose en posiciones de principio altamente cuestionables⁴⁸, significaría, utilizando las severas palabras de la doctrina, “aplicar la Constitución de forma truncada y distorsionada”⁴⁹, como lo es el seguir poniendo vetos, más o menos dirigidos, al CEDH.

No obstante, esto es lo que recientemente ha ocurrido, una vez más, con la sentencia n.º 49 de 2015⁵⁰. En esta sentencia, la *Corte costituzionale* llega a hablar de “supremacía axiológica de la Constitución en relación con el CEDH” y afirma que “el carácter sub-constitucional del CEDH impone una comparación entre las reglas por él establecidas y la Constitución”, y que “la posible duda constitucional derivada... tiene que ser evaluada teniendo en cuenta la ley nacional de adaptación” (entonces, en caso de una irremediable contradicción entre normas, tiene que declararse constitucionalmente ilegítima la misma ley 848 del 1995 que introdujo a la Convención Europea de Derechos Humanos en Italia).

En el pronunciamiento se precisa, además, que el juez nacional debe “asignar a la disposición interna un significado conforme lo más posible a la misma..., siempre que no resulte excéntrico en relación con el texto de la ley... Sin embargo... el deber del juez de interpretar el derecho nacional de manera conforme al CEDH, ahora recordado, está sujeto a la adopción de una interpretación conforme a la Constitución”⁵¹.

Esta reconstrucción hermenéutica no parece persuasiva, en la medida en que “es contraria a la tradición y vocación de que las Cartas se pongan en posición supeditada con respecto a la Constitución. Las Cartas no cuestionan la manera en la que se sitúan respecto a una Constitución: de hecho las mismas desean reconocer (y no solo garantizar) algunos

⁴⁷ Cf. RONZITTI, N., *op. cit.*, p. 242.

⁴⁸ Como las adoptadas por la *Corte costituzionale* señalando que respecto a la Convención europea no será “identificable... ninguna limitación de la soberanía nacional”. Vid. la sentencia 349/2007.

⁴⁹ Así RUGGERI, A., «Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione», cit.

⁵⁰ Cf. ZAGREBELSKY, V., «Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione», en *Rivista AIC*; COLACINO, N., «Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta», en *Rivista OIDU*.

⁵¹ Según la *Corte*, “la mayoría de las veces, el deseable acuerdo de los juristas y de los Tribunales constitucionales e internacionales hacia enfoques compartidos, así como la tutela de los derechos inviolables del hombre, ofrecerá una solución concreta del asunto hasta conciliar los principios de ambas fuentes. Pero, en las hipótesis en que esto sea imposible, no hay duda de que el juez tiene que obedecer a la Carta republicana”. Parece, por tanto “equivocado y contra estas premisas, pensar que el CEDH haya convertido a los operadores jurídicos nacionales, y en primer lugar a los jueces comunes, en receptores pasivos de una orden dada en otra parte en forma de sentencias jurisdiccionales, cualesquiera sean las condiciones que la han determinado”.

derechos sin cuestionarse los efectos de su entrada en vigor en los ordenamientos nacionales”⁵².

El Tribunal de Estrasburgo hasta ahora se ha mostrado complaciente frente a los países signatarios de la Convención, aplicando muy frecuentemente la regla del “margen de apreciación”⁵³ y el principio de la “tutela equivalente”⁵⁴: en los casos en los que, incluso después de aplicar tales instrumentos, sea posible apreciar la lesión de un derecho fundamental establecido en la CEDH es legítimo imaginar una obligación inexcusable del Estado de revisar sus propias normas que, aunque consideradas conformes a la Constitución, no lo son en el ámbito internacional (piénsese en la cuestión italiana del hacinamiento carcelario, en la lentitud de los procesos, o en la falta de tutela, hasta hace pocos meses, de los derechos de las parejas *same-sex*).

Como ha señalado la misma *Corte costituzionale* en una de las sentencias gemelas del 2007, los Estados europeos tuvieron la posibilidad “de ejercer su derecho de reserva con respecto a las diferentes disposiciones al momento de la ratificación, así como el derecho de denuncia posterior, y que, en caso de falta de una u otra, parece evidente la total y consciente aceptación del sistema y sus implicancias”⁵⁵.

Esta es la posición de Italia con respecto al CEDH⁵⁶. Por ello, una intervención judicial que consagrara la no obligatoriedad (aunque sea parcial) de la Convención de 1950 en el ordenamiento jurídico italiano abriría una brecha con relación al respeto del CEDH por parte de todos los otros Estados signatarios del acuerdo internacional (los cuales, después de haber ratificado la Convención, podrían sentirse legitimados para

⁵² RUGGERI, A., «La tutela “multilivello” dei diritti fondamentali...», cit., p. 323.

⁵³ En relación a esta materia, cf., *ex pluribus*, SAPIENZA, R., «Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.

⁵⁴ Cf. la sentencia del 30 de junio de 2005, recurso n.º 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it, con notas de RUPETTO, R., «La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al *Solange* non c'è mai fine?». Sobre este tema, particularmente complejo, puede leerse CANNIZZARO, E., «Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso *Bosphorus*», en *Riv. dir. internaz.*, 2005, p. 762 ss.; y PACINI, M., «Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria», en *Giorn. dir. ammin.*, 2006, p. 21 ss.

⁵⁵ Así, en la decisión n.º 349/2007.

⁵⁶ Una “no obstante parcial, declaración de inconstitucionalidad de la ley de ratificación de la Convención... podría ser asimilada, en cuanto a efectos y desde el punto de vista del ordenamiento interno, a una (tardía) fijación de una reserva”, dice ZAGREBELSKY, V., *op. ult. cit.* Dicho autor sostiene que “se trataría de una reserva claramente incompatible con el objeto y fin de la Convención. Además ésta, en el caso considerado por la sentencia n.º 49/2015, afectaría al artículo 7 de la Convención que se refiere a uno de los pocos derechos absolutos no susceptibles de suspensión ni de limitación ni siquiera en caso de guerra o peligro para la nación (art. 15 Conv.). De ninguna manera el gobierno podría transformar y trasladar al plano europeo la decisión de la *Corte costituzionale*... Desde el punto de vista del sistema de la Convención (Comité de Ministros del Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Tribunal europeo) la referida inconstitucionalidad de las leyes de ratificación sería irrelevante”.

erigirse en guardianes de sus propias normas nacionales)⁵⁷, convirtiendo la misma emanación del *Bill of Rights* de 1950 en un texto muerto, o en un documento moldeable según su voluntad⁵⁸.

IV. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE GARANTIZAR UNA TUTELA JUSTA, Y LO MÁS UNIVERSAL POSIBLE, DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL *ESPACIO JURÍDICO EUROPEO*.

Como ha señalado la doctrina “queda claro... que... la construcción de posiciones comunes en el ámbito del constitucionalismo europeo no es compatible con las solicitudes de excepciones y especificidades nacionales... Los Tribunales europeos tienen que desempeñar una función integradora y al mismo tiempo de síntesis entre las diferentes experiencias nacionales, produciendo efectos de uniformidad en relación con la jurisprudencia de cada Estado; y, por su parte, los Tribunales constitucionales no pueden proclamarse guardianes de los contralímites”⁵⁹.

Es difícil, de hecho, negar que, en presencia de una sentencia específica del órgano jurisdiccional de Estrasburgo o de Luxemburgo (que identifique los aspectos de incompatibilidad de la fuente nacional con respecto a las normas europeas), la decisión de “inmovilizar” la eficacia de dicho pronunciamiento, incluso con el fin de salvaguardar un derecho consagrado en la Constitución italiana, pueda representar una clara violación de la identidad de la Carta fundamental “(y, por consiguiente, la de todo el ordenamiento fundado por la misma)”, la cual “se logra y se confirma solo abriéndose al derecho internacional y supranacional”⁶⁰.

Un papel muy importante, casi indefectible, para garantizar el logro de un –difícil, pero no imposible (por lo menos a nivel continental)– universalismo en la tutela de los

⁵⁷ Especialmente crítico respecto a la sentencia es RUGGERI, A., «Fissati nuovi paletti...», el cual habla de “patriottismo costituzionale ingenuo ed infecondo”.

⁵⁸ Según ZAGREBELSKY, V., *op. ult. cit.*, la aplicación de la “*teoria dei controlimiti*” con respecto al CEDH “sería vista como una denuncia implícita de la misma Convención que, al margen de los casos de admisión de reservas, se acepta o no, pero no puede ser modificada por la voluntad de los Estados, que quieren seguir formando parte del sistema europeo de garantía de los derechos humanos”. Y, además, esta “constituiría premisa y promesa de los compromisos resultantes de la participación en el sistema de la Convención. Hasta ahora ningún Estado ha asumido tal posición, pero el (mal) ejemplo italiano podría hacer escuela, en un período en que se ensombrece el ideal de unificación europeo, del cual la Convención fue históricamente el primer momento concreto”.

⁵⁹ MOSCARINI, A., «Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo», en *www.federalismi.it*. Sobre el tema, cf. RANDAZZO, A., «I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?», en *www.forumcostituzionale.it*.

⁶⁰ RUGGERI, A., «Dimensione europea della tutela dei diritti...», cit.

derechos fundamentales (así como en el sueño kantiano del cosmopolitismo jurídico) desempeñan, sin duda, (además de los órganos legislativos y de gobierno) las autoridades judiciales europeas y nacionales, en particular las de última y “única” instancia⁶¹.

La esperanza es que, en un período de evidente crisis del sistema europeo, las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros eviten favorecer formas degeneradas de enroque jurídico y, por el contrario, se esfuercen por asegurar la más amplia apertura de los ordenamientos nacionales a todas aquellas organizaciones internacionales comprometidas con la promoción de la paz y la justicia entre las naciones, que sitúan a la persona en el centro de sus propias acciones.

Si, por el contrario, “en nombre de la necesidad de preservar la pureza... de la Constitución... frente a “contaminaciones” externas, se cierran las puertas a normas materialmente (pero no formalmente) constitucionales, como las relativas a los derechos, se propiciaría una visión reduccionista (e, incluso, deformante) de la misma Constitución”⁶².

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BASSINI, M. –POLLICINO, O., «Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome», en *www.penalecontemporaneo.it*.

BENACCHIO, G., *Diritto privato dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 103 ss.

BIN, R., «Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot», en *www.penalecontemporaneo.it*.

CANNIZZARO, E., «La riforma “federalista” della Costituzione e gli obblighi internazionali», en *Riv. dir. intern.*, 2001, p. 921 ss.;

CANNIZZARO, E., «Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso *Bosphorus*», en *Riv. dir. internaz.*, 2005, p. 762 ss.

CAPOTORTI, F., «Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un'auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti?», en *Eurojus.it*.

CARTABIA, M. y CHIEFFI, L., *sub art. 11*, en BIFULCO, R., CELOTTO, A. Y OLIVETTI, M. (eds.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 263 ss.

CASSESE, A., *Lo Stato e la Comunità internazionale*, en BRANCA, G. (ed.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 461 ss.

⁶¹ El término proviene de la sentencia n.º 102 del 2008, en la que la *Corte costituzionale* afirma: “aunque en su particular posición de órgano de garantía constitucional, tiene naturaleza de juez, y, particularmente, de juez de única instancia (en la medida en que no se admiten impugnaciones contra sus decisiones)”.

⁶² RUGGERI A., «La tutela “multilivello” dei diritti fondamentali...», cit., p. 320.

CELOTTO, A., «Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il "Trattato costituzionale" europeo», in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

COLACINO, N., «Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta», in *Rivista OIDU*.

CONFORTI, B., «La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione», in *Giur. it.*, 2008, p. 570.

CONFORTI, B., «Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari», in *Foro it.*, 2002, V, p. 229 ss.

CONTI, R., «La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo», in *Corr. giur.*, 2008, p. 211.

CONTI, R., «La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno», in *Corr. giur.*, 2011, 9, p. 1243 ss.

CORSO, P., «Taricco versus Montesquieu. La Consulta si schiera e l'Avvocato generale UE non convince», in *www.dpceonline.it*.

CUPELLI, C., «Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia», in *www.penalecontemporaneo.it*.

CUSMANO, E., «Estinzione del reato e della pena (cause di)», in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 1 ss.

FERRARO, A., «Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, *passim*.

FERRARO, A., «L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo», in *Danno e resp.*, 5/2007, p. 518 ss. y 6/2007, p. 629 ss.

GALLUCCIO, A., «La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale», in *www.penalecontemporaneo.it*.

GIUNTA, F. – MICHELLETTI, D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 63 ss.

GUAZZAROTTI, A. – COSSIRI, A., «La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole», in *www.forumcostituzionale.it*.

LEANZA, U., «Le Regioni nei rapporti internazionali e con l'Unione europea a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione», in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 223.

LUPO, E., «La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro», in *www.penalecontemporaneo.it*.

MARCAZZAN, S., *op. cit.* Lo mismo opina DE FIORES, C., «Una guerra contro la Costituzione», in *www.costituzionalismo.it*.

MARI, A., «Osservazioni a Corte Cost., 19 luglio 2011, n. 236», in *Cass. pen.*, 2011, 12, p. 4152 ss.

MASTROIANNI, R., «Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco»; BIN, R., «Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?».

MOLARI, A., «Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)», in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, p. 679 ss.

MOSCARINI, A., «Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo», in www.federalismi.it.

P. PISA, *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78 ss.

PACINI, M., «Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria», in *Giorn. dir. ammin.*, 2006, p. 21 ss.

PANAGIA, S., «Prescrizione del reato e della pena», in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 659 ss.

PINELLI, C., «I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario», in *Foro it.*, 2001, V, p. 194 ss.

PINELLI, C., «Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale», in *Giur. cost.* 2011, 4, p. 3047 ss.

PIZZETTI, F., «I nuovi elementi "unificanti" del sistema italiano: il "posto" della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il "ruolo" dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione», in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

POLLICINO, O. – SCIARABBA, V., «La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale», in www.forumcostituzionale.it.

RANDAZZO, A., «I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?», in www.forumcostituzionale.it.

REPETTO, G., «Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso», in *Giur. it.*, 2008, p. 312.

ROSSI, F., «La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco», in *Giur. it.*, 2016, p. 965 ss.

RUGGERI, A., «Ancora in tema di rapporti CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche», in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

RUGGERI, A., «Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)», in www.penalecontemporaneo.it.

RUGGERI, A., «Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)», in www.giur.cost.it.

RUPETTO, R., «La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al *Solange* non c'è mai fine?», in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

SAPIENZA, R., «Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.

SCARPINO, M., «Riflessioni in tema di prescrizione penale: natura; regime successorio, inidoneità dell'avviso di conclusione delle indagini ad interrompere il decorso del termine prescrizione», in *Giur. mer.*, 2010, 2, p. 589 ss.

SORRENTINO, F., «Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario», in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1355.

TEGA, D., «La CEDU e l'ordinamento italiano», in CARTABIA, M. (ed.), *I diritti in azione*, Bologna, 2007.

TESAURO, G., «Costituzione e norme esterne», in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 213.

VIGANÒ, F., «Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e *nullum crimen sine lege* in una importante sentenza della Corte di giustizia», in www.penalecontemporaneo.it.

VIGANÒ, F., «Obblighi di adeguamento al diritto UE e "controlimiti": la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni», in www.penalecontemporaneo.it.

VIGLIANISI FERRARO, A., «Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra *illegittima espropriazione* della funzione propria della CEDU ed *irragionevole durata* di uno scontro giudiziario», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 651 ss.

ZAGREBELSKY, G., «Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sovranazionali», in www.static.luiss.it.

ZAGREBELSKY, V., «Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione», in *Rivista AIC*.

ZANGHÌ, C., «La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007», in <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>.