

CONSTITUCIÓN Y TIEMPO

CONSTITUTION AND TIME

FULVIO PASTORE¹

Sumario: I. PREMISA: EL TIEMPO DEL CONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO. II. LA FASE CONSTITUYENTE Y LOS CARACTERES DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA. III. LÓGICAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN ITALIA ENTRE EXPERIENCIAS Y PERSPECTIVAS. IV. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA COMO PROCESO: EUROPA DE LOS MERCADOS Y EUROPA DE LOS DERECHOS. V. EL TIEMPO DE LOS DERECHOS, MÁS ALLÁ DE LAS DISTINCIONES ENTRE CIVIL LAW Y COMMON LAW.

Summary: I. INTRODUCTION: THE TIME OF CONSTITUTIONALISM AND THE CONSTITUTION IN THE TIMES. II. THE CONSTITUENT POWER AND THE ITALIAN CONSTITUTIONAL CHARACTERISTICS. III. EXPERIENCES AND PERSPECTIVES OF ITALIAN CONSTITUTIONAL PROCEDURE. IV. THE EUROPEAN CONSTITUTION AS A MAKING PROCESS: MARKETS AND RIGHTS IN EUROPE. V. THE TIME OF RIGHTS: OVERCOMING THE DISTINCTIONS BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW.

Resumen: El carácter consensual y paccionado de la Constitución Italiana ha contribuido a crear un texto muy abierto o elástico y, por lo tanto, susceptible de ser sometido a una pluralidad de enfoques hermenéuticos.

Una Constitución abierta o elástica es idónea para perdurar en el tiempo mucho más que una Constitución no elástica. Sobre todo porque deja mayor espacio a la discrecionalidad del legislador, y es por eso, compatible con varias direcciones políticas de la mayoría. Por esa razón no es necesario cambiar la constitución cada vez que cambia la mayoría parlamentaria.

Una constitución abierta es, por todos los motivos indicados, más fácilmente susceptible de ser sometida a una interpretación evolutiva, de modo que pueda tenerse en cuenta, en el desempeño de la actividad hermenéutica, las nuevas circunstancias sociales, económicas, científicas, tecnológicas, culturales, además de las políticas.

Los caracteres indicados– el consensualismo, la rigidez y la elasticidad - han permitido a la Constitución republicana de 1947 permanecer en vigor hasta hoy, conservando casi totalmente su actualidad y su vitalidad, también gracias a la obra incesante y sensible de la jurisprudencia constitucional, que tiene el mérito de haber favorecido el proceso de integración supranacional, teniendo en cuenta la jurisprudencia de los altos Tribunales europeos en su obra de adaptación de la Constitución en clave evolutiva.

Palabras clave: Constitución y tiempo, Interpretación evolutiva, Diálogo entre los Tribunales.

¹ Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.
Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)
ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España)
Versión electrónica: rej.ujen.es

Abstract: The conventional nature of Italian Constitution, adopted in 1947, contributed to improve the openness of its provisions so that its constitutional principles can be interpreted with different hermeneutical instruments.

An open constitution can be rigid relating to its modifiability: infact it's idoneus to last in times, more than a univocal one.

This type of act gives to the Parliament more discretion and in this way it's more compatible with several political policies.

According to this, it's not necessary to modify the Constitution when the Parliament majority changes.

In other words, an open constitution can be easily interpreted with an evolving method so that in this activity it will be possible considering the various social, economic, scientific, technological, cultural and political circumstances.

These characteristics, conventionality, rigidity and flexibility are the reasons for which actually the Italian republican Constitution is in full force, without it has lost its actuality and vitality, thanks to the unremitting work of constitutional jurisprudence, that contributed to encrease the making-process of transnational integration, also considering the importance of hight European Courts in the adaptation of evolving Constitution.

Keywords: Constitution and time, Evolving interpretation, Dialogue between Courts.

I. PREMISA: EL TIEMPO DEL CONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO.

El constitucionalismo, en el sentido moderno de la expresión, nace convencionalmente hacia el final del siglo XVIII, cuando las revoluciones estadounidense y francesa introdujeron la gran novedad de las constituciones escritas, pero es innegable que esta doctrina funda sus propias raíces en períodos históricos mucho más anteriores. Ya en la antigüedad griega y romana, en efecto, se pueden encontrar algunos institutos del derecho público que influenciarán el derecho medieval, cuya evolución proporcionará la base para el desarrollo de las modernas teorías constitucionalistas. En particular, la influencia decisiva de Roma en el pensamiento europeo y el renacimiento de la jurisprudencia romana en Europa occidental, en el duodécimo siglo, fue el factor fundamental que favoreció la aparición de la *common law* y el surgimiento de los más importantes principios del constitucionalismo, principios que Europa continental acogió sólo después de la experiencia del totalitarismo.²

² Se refiere a las elaboraciones teóricas que se encuentran en C. H. MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Boloña, 1990. Allí el autor, esboza principalmente, en la tradición inglesa, de la historia del constitucionalismo, en torno al contraste entre *gubernaculum* y *jurisdictio*, e indica las soluciones en los conceptos de responsabilidad política y de control judicial de la constitucionalidad de leyes.

La función originaria del constitucionalismo - que por otra parte, sigue siendo aún hoy su función principal- es la de proteger los derechos fundamentales de la persona frente al riesgo de un ejercicio ilegítimo de los poderes públicos.

Sin embargo, a lo largo del tiempo, junto a esta función, se ha desarrollado también la de una protección horizontal de los derechos fundamentales de la persona en las relaciones entre particulares y, aunque sea en línea sólo teórica, la de una protección vertical frente a los poderes de tipo supranacional.³

Precisamente, la relación entre Constituciones de los Estados miembros y principios constitucionales de la Unión Europea, por una parte, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales y de los altos Tribunales Europeos, ha puesto en evidencia como la única perspectiva hermenéutica y aplicativa capaz de hacer frente a los problemas trascendentales que plantean las sociedades post-industriales, es la del constitucionalismo multinivel.

Por otra parte, precisamente las cuestiones relacionadas con los temas de la protección de los derechos fundamentales de la persona, resaltan especialmente la obra fundamental realizada por la jurisprudencia de los Altos Tribunales Europeos, de los Tribunales Constitucionales y de los jueces comunitarios. Jueces que dialogan sobre casos concretos y que entrelazan en última instancia sus argumentos, influenciándose y condicionándose recíprocamente.

Del examen profundo de las decisiones jurisprudenciales - y sobre todo de las argumentaciones que las sustentan - se observa claramente que la perspectiva del *multilevel constitutionalism* no es una quimera, no representa una utopía fruto de elaboraciones abstractas de la doctrina, sino que constituye más bien una realidad concreta y vital.

II. LA FASE CONSTITUYENTE Y LOS CARACTERES DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Como es bien sabido, uno de los caracteres principales de la Carta Constitucional de la República Italiana, aprobada por la Asamblea constituyente en 1947, está representado por su «consensualismo», es decir, del hecho de que el texto de la Constitución no fue el fruto de una sola visión política, cultural e ideológica, sino que fue más bien el resultado de un pacto constitucional entre diferentes factores políticos.⁴

³ La jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales de varios Estados miembros de la Unión Europea, como es sabido, ha elaborado la así llamada teoría de los contra-límites con respecto al principio de prevalencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales, identificando precisamente en los principios fundamentales de la Constitución nacional y de los derechos fundamentales de la persona los elementos constitutivos de un núcleo duro de las constituciones nacionales que constituiría una frontera infranqueable también para el derecho de la Unión Europea. Sobre el tema véase S. STAIANO (ed.), “Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni”, *Actas del Congreso Anual de la Asociación de Constitucionalistas*, Grupo de Pisa, (Capri, 3 y 4 de junio 2005), Giappichelli, Turín, 2006.

⁴ Los informes de los trabajos de la Asamblea constituyente, hoy disponibles también en el sitio oficial del Parlamento italiano, son reconocidos en la publicación *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cargo del Secretario General de la Cámara de Diputados, Roma,

Se ha hablado en este sentido también de «método pacticio», o de «compromiso», precisamente para subrayar que entre los principales componentes de la Asamblea Constituyente –el democrático cristiano, el marxista y los liberales– se alcanzó un acuerdo político basado en recíprocas concesiones y renunciaciones políticas.

El texto de la Constitución Republicana fue aprobado por la Asamblea Constituyente casi por unanimidad, testimonio del hecho de que no fue una mayoría la que impuso a una minoría su visión de las cosas, sino que fue - queriendo utilizar una expresión hegeliana - la búsqueda de una «síntesis superior» entre distintas concepciones, entre ellas muy distantes hasta incluso contrarias entre sí. De tal modo, que fue realizada una compenetración profunda de los opuestos, con un resultado original e inédito, respecto a los distintos puntos de partida, que sin embargo, les comprendía y les enriquecía, colocándolos en una visión más amplia y sistemática.

Estamos hablando, pues, de un compromiso constituyente, no en sentido despectivo, o diminutivo, sino en sentido positivo. En el lenguaje corriente, hablamos, en efecto, a menudo, de «solución de compromiso», para indicar una solución no plenamente satisfactoria respecto a las expectativas, es decir, una solución «a la baja». El pacto constituyente, al contrario, y como ya se decía, fue un «compromiso alto», precisamente porque dio un resultado mejorado con respecto a cada una de las posiciones de partida y de plena satisfacción para cada factor político.

Las técnicas de redacción del texto mediante las cuales se produjo la síntesis fueron múltiples.

En algunos casos se recurrió a disposiciones de múltiples sentidos, como, por ejemplo, el artículo dos, donde frente a la expresión «derechos naturales», de sentido unívoco -por tanto desagradable para liberales y marxistas, no obstante particularmente grata a los demócratas cristianos- fue preferida la expresión «derechos inviolables», compatible tanto con un enfoque iusnaturalista, como con el enfoque iuspositivista y con una visión materialista.

En otros casos, se hizo uso de una estratificación de las disposiciones, cada una de las cuales inspirada por una de las distintas concepciones. Paradigmático, en este punto, es el texto del art. 41 de la Constitución sobre la iniciativa económica privada, uno de los puntos más álgidos del conflicto político de entonces: el primer párrafo es de corte claramente liberal («La iniciativa económica privada es libre»); el segundo párrafo, en cambio, con su llamada a la dignidad de la persona remite claramente a una visión cristiana («No puede desarrollarse contra la utilidad social o de forma que cause daños a la seguridad, la libertad, la dignidad humana»); por último, con una elaboración más sutil, se podrá claramente entrever detrás del tercer párrafo del artículo una construcción de las relaciones socio-económicas de tipo marxista («La ley determina los programas y los controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a fines sociales»).

En otros casos, se prefirió utilizar expresiones lingüísticas muy genéricas o se evitó simplemente regular algunas relaciones jurídicas, encomendando la correspondiente tarea al legislador.

1971. Una selección de los actos de mayor relieve de los trabajos de la Asamblea constituyente es, en cambio en P. CIARLO, M. VILLONE, *Materiali della Repubblica*. Asamblea costituyente, Notor editor, Reggio Emilia, 1991.

Sobre diversas cuestiones, en cambio, algunos de los grupos políticos aceptaron las solicitudes de otros - o por realismo político o a cambio de concesiones en otros temas - sabiendo que cada disposición hubiera asumido un significado normativo autónomo a la luz del resto de la normativa constitucional, según un criterio de tipo lógico-sistemático.

La formulación del artículo 7 de la Constitución representa ante todo, un acto de realismo político y de conciencia histórica de la clase dirigente comunista, socialista y liberal del tiempo, que no un acto de concesión del factor cristiano demócrata.⁵

En particular, comunistas y socialistas sabían que, si querían esperar recoger un consenso mayoritario en el país, no podían asumir una posición de abierta contradicción con la Iglesia católica y sobre todo no podían lesionar la sensibilidad de la inmensa mayoría de la población, de fe católica.

El resultado global, la combinación de estas técnicas de redacción y de estas recíprocas concesiones, fue un texto muy abierto o «elástico», es decir, susceptible de ser sometido a una pluralidad de itinerarios herméuticos.⁶

El carácter elástico de la Constitución no contradice su rigidez. En efecto, cuando hablamos de rigidez de la Constitución, nos referimos a la existencia de límites formales y sustanciales a su modificabilidad: bajo esta perspectiva, la rigidez contrasta con la flexibilidad, y no con la elasticidad que, por el contrario, se contraponen a la inelasticidad o univocidad. Se trata de dos diferentes dicotomías que afectan a perfiles diferentes de la Constitución: la primera a la modificabilidad; la segunda a la interpretación.

⁵ Sobre la contribución del factor cristiano democrático, véase en particular M. SCUDIERO, “L’apporto dei giuristi cattolici nella fase costituente dell’Italia repubblicana”, *Desarrollo económico*, vol. VI, 2002, pp. 57-66.

⁶ En el tema de la interpretación jurídica, con especial referencia a las disposiciones constitucionales y legales, véase *ex plurimis*: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán 1971; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Boloña, 2004; V. CRISAFULLI, “Disposizione (e norma)”, in *Enc. Dir.*, XIII, Milán 1964; R. DWORKIN, *Taking rights seriously* (1977), trad. it., *I diritti presi sul serio*, Boloña 1982; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milán 1982; M. DOGLIANI, “Diritto costituzionale e scrittura”, *Ars Interpretandi*, vol. 2, 1997, pp. 103-136; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, II ed., Frankfurt a M., 1972, cit. p. 101; trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, a cargo de S. Patti y G. Zaccaria, Nápoles 1983; D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milán 1981; H. G. GADAMER, “Ermeneutica”, *Enciclopedia del siglo XX*, Instituto dell’enciclopedia italiana, Roma, 1977; R. GUASTINI, “Specificità dell’interpretazione costituzionale”, in *Analisi e Diritto*, 1996; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Turín, 1961; H. KELSEN, “Las garantías jurisdiccionales de la Constitución”, *Rev. Dr. Publ. Et sc. Pol.*, 1928, pp. 197 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán 1996; A. MERKL, “Prolegomena einer Theorie des Stufenbaues”, 1931, trad. it., “Prolegomeni a una teoría della costruzione a gradi del diritto”, in *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milán, 1987; F. MODUGNO, “Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori”, in www.costituzionalismo.it, n° 186, 8 julio 2005; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padua, 2009; P. PETTA, Schmitt, “Kelsen e il Custode della Costituzione”, in *Storia e politica*, 1977, pp. 506 y ss., C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, 1931, trad. it., *Il custode della Costituzione*, Editado por A. CARACCILO, Milán 1981; G. SILVESTRI, “Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso”, *Quad. cost.*, 1989; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milán 1980; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 1999; F. VIOLA, “Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica e l’ermeneutica”, in *Ars Interpretandi*, n° 97, 2002; G. ZACCARIA, , *Questioni di interpretazione*, Padua, 1996.

Una Constitución rígida, por lo tanto, puede bien ser elástica. Al contrario, es bueno que sea tan elástica como rígida al mismo tiempo. En efecto, si una Constitución es muy rígida y, al mismo tiempo, inelástica, difícilmente aguantaría el largo paso del tiempo, puesto que la dificultad de su modificación y las dificultades temporales de adaptar su significado a las cambiantes necesidades, la harían superarla rápidamente. En este caso, el riesgo es que se dé lugar a un nuevo proceso constituyente y la Constitución sea cambiada *in toto*.

Una Constitución abierta o «elástica», por ello, es idónea para perdurar en el tiempo mucho más que una Constitución "inelástica". También porque deja mayor espacio a la discrecionalidad del legislador, y es, por tanto, compatible con varias direcciones políticas de la mayoría. Y no es necesario cambiar la constitución cada vez que cambia la mayoría parlamentaria.

Una constitución abierta es, por todos los motivos indicados, más fácilmente susceptible de ser sometida a una interpretación evolutiva, lo que permite tener suficientemente en cuenta, en el desempeño de la actividad hermenéutica, las nuevas circunstancias sociales, económicas, científicas, tecnológicas, culturales, además de las políticas.

Por otro lado, la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales representa también el resultado natural del criterio lógico-sistemático: criterio principal interpretación constitucional, según el cual cada disposición debe ser interpretada a la luz del resto de todas las otras disposiciones y en especial de las más estrechamente relacionadas.

La modificación de una disposición constitucional, en efecto, impone una reevaluación del significado de las otras disposiciones constitucionales relacionadas con ella, aunque quedaran intactas.

Los caracteres indicados– el consensualismo, la rigidez y la elasticidad - han permitido a la Constitución Republicana Italiana de 1947 permanecer en vigor hasta hoy, conservando casi totalmente su actualidad y su vitalidad, a pesar de los acontecimientos trascendentales ocurridos en las pasadas décadas.

El mérito de la actualidad y de la vitalidad de la Constitución debe, por otra parte, atribuirse a la obra incesante y sensible de la jurisprudencia constitucional, que, mediante una interpretación sistemático-evolutiva, con frecuencia ha sabido dar cobertura constitucional a situaciones inéditas, colmando las lagunas en el sistema de las disposiciones constitucionales y resolviendo muchas contradicciones del sistema legislativo.

A la jurisprudencia constitucional, en ausencia de revisiones constitucionales destinadas a regular detenidamente la relación entre el ordenamiento nacional y la Unión Europea, se debe reconocer el mérito de haber favorecido el proceso de integración supranacional, teniendo en cuenta la jurisprudencia de los altos Tribunales europeos en su obra de adaptación de la Constitución en clave evolutiva.⁷

⁷ Entre las innumerables publicaciones de relieve al interior del Derecho comunitario, con especial referencia a la jurisprudencia constitucional italiana, véase: AA.VV. ., “Diritto Comunitario e diritto interno”, *Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta*, 20 abril de 2007, Milán 2008; AA.VV. ., “La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario”, *Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta* 15-16 octubre 1990, Milán 1991; G. AMOROSO, “La giurisprudenza costituzionale nell’anno 1995, in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale:

III. LÓGICAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN ITALIA ENTRE EXPERIENCIAS Y PERSPECTIVAS.

Una Constitución "equilibrada"⁸, típica de una "democracia crítica"⁹, se basa en el equilibrio entre el principio de soberanía popular y de garantía de los valores constitucionales. Ningún ordenamiento auténticamente democrático, en efecto, puede escapar a la paradoja la necesidad de imponer límites a la soberanía del pueblo.¹⁰

En la Constitución italiana de 1947, el límite último e infranqueable a la soberanía popular puede ser observado en la imposición de límites absolutos al poder de revisión. Este núcleo de valores irrenunciables –en parte explícitos, en parte tácitos o "lógicos" – consiste en el principio democrático y en los otros principios fundamentales de la Constitución (entre los cuales el de la persona, el de la igualdad, el pluralista y el autonomista), así como en los derechos inviolables de la persona.

La génesis en la Asamblea Constituyente de la regulación relativa al procedimiento de revisión de la Constitución muestra, en cambio, en la búsqueda de la definición del mismo, un punto de equilibrio entre soberanía popular -expresada mediante mecanismos de democracia representativa (las dos deliberaciones de la propuesta de Ley constitucional por parte de las cámaras parlamentarias) - y el de la soberanía del pueblo, expresada mediante mecanismos de democracia directa (el *referéndum* contemplado en el art. 138 de la Constitución).

En la conformación del procedimiento de revisión de la Constitución resultante de los trabajos preparatorios, se nota la intención de favorecer la búsqueda de un consenso amplio de las fuerzas parlamentarias y de garantizar una adecuada ponderación y debate; pero, al mismo tiempo, se nota la preocupación de evitar un exceso del papel de las minorías parlamentarias que se habría producido en caso de agravación del *quórum* previsto para la segunda deliberación que hubiera atribuido a las

verso una "cuarta" fase?" , en *Foro es.*, V, 1996; A. BARONE, "Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi", en *Foro es.* 1996, pp. 783-794; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán 1995; A. CELOTTO, "Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi", en VV. AA., *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Nápoles, 2000, pp. 437; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1995; R. MASTROIANNI, "Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale", *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario celebrato in Roma Palazzo della Consulta*, 20 de abril 2007, Milán, 2008.

⁸ La expresión se trata por M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Boloña, El Mulino, 2004, p. 8. Allí se define equilibrada: "(...) una Constitución capaz de mantener en equilibrio los poderes de dirección y los de garantía, el principio democrático y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales."

⁹ Se llama la expresión en el sentido indicado en G. ZAGREBELSKY, *Il crucifige e la democrazia*, Einaudi, Turín, 1995.

¹⁰ En el punto especialmente interesantes las reflexiones aquí expuestas, véase N. BOBBIO, *La regola della maggioranza: limiti ed aporie*, en N. BOBBIO, C. OFFE, S. LOMBARDINI (ed.), *Democrazia, maggioranze e minoranze*, Boloña, 1981, p. 33 y ss.; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Turín, 1984; N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

mismas un poder de veto en condiciones de determinar una "fossilización" del sistema constitucional.¹¹

El punto de equilibrio alcanzado es favorable a los mecanismos de la democracia representativa, tanto porque el *referéndum* no podrá ser requerido cuando se alcance el *quórum* de los dos tercios de los componentes en la segunda deliberación de cada cámara parlamentaria, o bien porque, también en el supuesto que se alcance sólo la mayoría absoluta de los componentes, el *referéndum* no es obligatorio, pero se realiza sólo en el caso de petición por parte de cinco de los Consejos Regionales, quinientos mil electores o un quinto de los componentes una de las dos cámaras parlamentarias, dentro de los tres meses después de su publicación en el Diario Oficial de la propuesta de la Ley constitucional no promulgada.

El resultado es un modelo elástico del procedimiento de revisión, compatible tanto con una lógica reformadora basado en la búsqueda de un consenso amplio, como con una lógica reformadora basada en las revisiones por golpes de la mayoría.

Durante cincuenta años (desde 1948 al 2001) - período no perfectamente coincidente con la fase "consociativa" de la forma de gobierno parlamentaria italiana, finalizado con las elecciones políticas del 1994, que marcan el inicio de una fase "tendencialmente contrapositiva" o "casi contrapositiva" de las relaciones entre el gobierno, mayoría y minorías parlamentarias - el procedimiento de revisión de la Constitución ha funcionado según lógicas plenamente consociativas, como lo demuestra el hecho de que nunca ha habido en este período, un recurso al *referéndum* constitucional.¹²

La primera propuesta de Ley constitucional aprobada por la mayoría, al término de la XIII legislatura, es la reforma del Título V de la II parte de la Constitución, sometida con resultado positivo al *referéndum* constitucional a petición tanto de la mayoría como de la oposición del tiempo y promulgada posteriormente como Ley Constitucional No. 3 del 2001.¹³

Este resultado se produjo, sin embargo, tras el fracaso de dos intentos de reforma de la parte orgánica de la Constitución, realizados según procedimientos de formación

¹¹ Sobre el tema véase S. STAIANO, "La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale", *www.federalismi.it*, n° 7, 2005.

¹² Hasta 1970, las leyes constitucionales fueron aprobadas en segunda deliberación de cada cámara parlamentaria con el *quórum* de dos tercios de los componentes porque faltaba la legislación de aplicación del *referéndum* constitucional, introducida para precisamente con la ley ordinaria n. 352 de 1970.

Tras 1970, es cierto que algunas leyes constitucionales fueron aprobadas sin que en la segunda deliberación de cada cámara parlamentaria se alcanzara el *quórum* de dos tercios de los componentes, pero esto ha sucedido por razones absolutamente contingentes: baja presencia de componentes de la Cámara en el momento de la votación final; desacuerdo de pequeñas facciones de la mayoría parlamentaria en el contenido de la propuesta de ley constitucional. Sin embargo, también en esas raras ocasiones, el funcionamiento consensual del procedimiento de revisión constitucional parece confirmado por omisión de la petición del *referéndum* constitucional por parte de los sujetos autorizados (entre ellos un quinto de los componentes cada cámara). Los sucesos aquí resumidos son más analíticamente y orgánicamente reconstruidos en S. STAIANO, *La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale*, ult. op. cit.

¹³ El *referéndum* constitucional, que en términos técnico-jurídicos podrá ser calificado de aprobación, en términos políticos asume una vertiente confirmativa cuando es requerido por la misma mayoría que ha aprobado la propuesta de ley constitucional y una vertiente opositora cuando es requerido por las minorías parlamentarias.

especiales introducidos con base en el convencimiento de que el procedimiento de formación de las leyes constitucionales regulado por el art. 138, por su lentitud y complejidad, era inadecuado respecto al objetivo de realización de las grandes reformas constitucionales.¹⁴

El procedimiento de formación agravada de leyes constitucionales previsto en el art. 138 de la Constitución, en efecto, no constituye en sí un valor inviolable, incluso si ha sido tan estrictamente observado por esta Asamblea constituyente a fin de proteger en su núcleo esencial valores irrenunciables como el principio de la soberanía popular, el principio representativo o el principio pluralista.

Modificaciones y/o excepciones a este procedimiento son, por lo tanto, constitucionalmente legítimas, dentro de los límites en que sean respetuosos de los valores inviolables que el procedimiento agravado tiende a preservar.¹⁵

Excepciones al procedimiento de revisión del artículo 138 de la Constitución estaban, por lo demás, previstas en la misma Carta constitucional y en las leyes constitucionales, aunque sea con fines particulares y con ámbitos de competencia restringidos: el art. 132, Primer párrafo, de la Constitución, por ejemplo, prevé para la fusión de varias regiones o la creación de nuevas regiones un procedimiento reforzado; el art. 7 de la Constitución, prevé que las modificaciones introducidas mutuamente a los pactos Lateranenses entre Iglesia y Estado puedan establecer excepciones a las normas constitucionales sin que se necesite de una aprobación con ley constitucional; la ley constitucional N. 2 del 2001 prevé que las leyes constitucionales de aprobación de los estatutos especiales puedan ser modificadas, dentro de los límites a la forma de gobierno regional con una simple deliberación por mayoría absoluta del Consejo Regional; ya antes existía la ley constitucional n. 2 del 2001, en la ley constitucional de aprobación del Estatuto de Cerdeña y en la de aprobación del Estatuto de Valle de Aosta se preveía que en las materias indicadas como el art. 123 de la Constitución como contenido "mínimo" de los estatutos regionales, el estatuto especial podía ser modificado con el procedimiento de formación de los estatutos ordinarios.

La referencia a los dos intentos de reforma de la parte orgánica de la Constitución realizados con procedimientos especiales, ambos fracasados, se entiende hecha claramente a la ley constitucional N. 1 de 1993, que establece la Comisión bicameral para las reformas institucionales de Mita – Iotti, así como a la Ley constitucional n. 1 Del 1997, aprobadas respectivamente en las regiones XI y en XIII legislatura.¹⁶

¹⁴ Convicción de que constituye una de las premisas de fondo del mensaje sobre las reformas institucionales enviado por el Presidente de la República, Francesco Cossiga, las cámaras parlamentarias en 1991, en el que se pide una reforma global de la Constitución, suponiendo el recurso a procedimientos alternativos a lo regulado por el art. 138 de la Constitución.

¹⁵ Como es sabido, el intento doctrinal de sustraer el procedimiento de formación de las leyes constitucionales al poder de revisión se ha llevado a cabo con argumentos jurídicamente refinados por Ross sobre el plano de la lógica formal. Esta teoría, ha quedado superada críticamente por Mortati y Crisafulli sobre la base de argumentos diferentes pero coincidentes. Sobre este punto véase S. STAIANO, "La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale", ult. op. cit.

¹⁶ Las principales diferencias entre los procedimientos especiales creados por las citadas leyes constitucionales y el procedimiento de revisión de la Constitución regulado en el artículo 138 de la Constitución consistían: la obligatoriedad del *referéndum* constitucional y la irrelevancia, por tanto, de alcanzar o menos del *quórum* de dos tercios de los componentes en la segunda deliberación de cada

En efecto, mientras que el primer intento fracasó a causa de la breve duración de la legislatura, el segundo fue abandonado durante la primera lectura ante la Cámara de diputados del proyecto elaborado por la Comisión bicameral, a consecuencia de la ruptura del acuerdo entre la mayoría y la oposición que hasta ese momento lo había apoyado.

Estos acontecimientos han contribuido evidentemente a inducir la convicción de que es ilusorio perseguir a toda costa reformas compartidas y que la urgencia de las intervenciones reformistas requiere de una actitud firme y autosuficiente de la mayoría. Esta convicción, además, está vinculada a una mal entendida cultura llamada "contrapositiva" que defiende el rechazo de actitudes consensuales no sólo en la determinación de la dirección política de la mayoría, sino también con referencia al tema de las reformas institucionales y de las funciones de garantía.

La lógica de las revisiones constitucionales "de la mayoría" inaugurada en la XIII legislatura del centro-izquierda, tuvo continuidad también en la siguiente legislatura, esta vez a cargo del centro-derecha, con la aprobación de la mayoría absoluta de los grupos políticos, en la segunda deliberación de cada cámara parlamentaria, de una propuesta de Ley constitucional de reforma de la totalidad de la segunda parte de la Constitución, conocida como *devolution*, luego rechazada por el cuerpo electoral con el *referéndum* constitucional.

La XV legislatura, caracterizada nuevamente por una mayoría parlamentaria de centro-izquierda no llegó ni siquiera a la mitad de su duración natural, establecida por la Constitución en cinco años, de manera que el debate sobre las reformas constitucionales, que había sido iniciado con fuerza por las comisiones de Asuntos Constitucionales de las dos cámaras parlamentarias, no había producido resultados de particular importancia.

Casi con una sola voz, los presidentes de las dos Asambleas parlamentarias, en sus respectivos discursos de toma de posesión – con los que se inauguraba en la práctica la XVI legislatura - afirmaban la necesidad de iniciar un período "constituyente". En el mejor de los casos, se habría podido pensar en una referencia técnicamente inadecuada al poder "constituyente" por parte de los dos presidentes de la Asamblea; el temor, en cambio, es que se pensara efectivamente en un proceso de reforma de la Constitución que desbordara los límites impuestos al legislador constitucional por esta Asamblea constituyente.

En cualquier caso, la XVI legislatura, a causa de las debilidades intrínsecas de la mayoría, ya a comienzo de legislatura, así como a causa de factores exógenos como la crisis financiera internacional que había afectado a nuestro país, transcurrió sin que se llegase a cambios importantes en la Constitución.

La Constitución de 1947, en su versión revisada e implementada por el legislador, aparece en su versión resultante y en sus valores de fondo, aún viable y actual, gracias sobre todo a la valiosa obra del Tribunal constitucional y de los jueces ordinarios. Esta consideración, no entra en absoluto en contradicción con la afirmación de la idoneidad de realizar las revisiones puntuales, pero significativas, de la

cámara parlamentaria; en la atribución a una comisión bicameral de función referente, normalmente llevada a cabo por la Comisión de Asuntos Constitucionales dentro de cada cámara; en la previsión de normas sobre presentación de las cuestiones prejudiciales y de las enmiendas destinadas a simplificar y agilizar el procedimiento.

Constitución destinadas a mejorar tanto la estructura organizativa como la dogmática, es decir, la relativa a los derechos y deberes de la persona.

En particular, en cuanto a la estructura organizativa, se podría: I) superar el bicameralismo perfecto, sustituyendo el Senado, en su conformación actual, con una auténtica Cámara de intereses territoriales; II) racionalizar y estabilizar la forma de gobierno parlamentario, estableciendo un vínculo fiduciario entre el Primer Ministro y la mayoría en la Cámara de Diputados, previendo el ¹⁷ *quórum* de la mayoría absoluta para la aportación y para la remoción de la confianza, introduciendo la moción de censura constructiva y contemplando expresamente el poder del Primer Ministro para pedir al Jefe del Estado el cese de los ministros.¹⁸

En cuanto a la primera parte de la Constitución, se podría: I) actualizar el catálogo de derechos fundamentales, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal constitucional y de los altos tribunales europeos, así como de los más recientes catálogos internacionales y europeos sobre los derechos humanos, para reconocer expresamente los derechos de nueva generación (como el derecho a la confidencialidad, el derecho a la salubridad ambiental, el derecho a la identidad, el derecho de procrear, etc.); II) reforzar en total, el sistema de las garantías organizativas y procesales, además de las jurisprudenciales, de estas posiciones jurídicas subjetivas de ventaja.

La urgencia de la revisión constitucional es muy atenuada por el carácter "abierto" o "elástico" de las disposiciones constitucionales (es decir, la posibilidad de someter las mismas a una pluralidad de enfoques hermenéuticos), consecuencia del carácter "consensual" o "pacticio" de las normas constitucionales (fruto de un pacto constitucional entre factores culturales, políticos e ideológicos muy distantes entre sí), además de la naturaleza programática y/o de principio de la mayor parte de los preceptos constitucionales.

Como ya se ha subrayado, en efecto, estos caracteres de la Constitución de la República Italiana (elasticidad, consensuada, programaticidad) han favorecido en el tiempo la adaptación del significado de las disposiciones constitucionales a las cambiantes necesidades políticas, sociales y económicas del país, permitiendo de mantener un elevado grado de positividad (entendida como correspondencia al sentir social y las necesidades de la colectividad); al mismo tiempo, han favorecido un amplio margen de discreción a las opciones del legislador, permitiendo el desarrollo de direcciones políticas de la mayoría y, especialmente, de políticas económicas muy diferentes entre sí.

Se debe reconocer que la Constitución italiana, aunque en gran parte de sus disposiciones se mantiene formalmente inalterada, se ha visto muy cambiada con el transcurrir de los años. En particular, la actual transición política (que no necesariamente debe convertirse en una transición constitucional) caracterizada por una reducción significativa del pluralismo parlamentario - como consecuencia más de los comportamientos políticos de los partidos mayores que de las innovaciones introducidas en las directrices electorales- ha producido ya, en el plano de la efectividad, significativos cambios en el funcionamiento de la forma de gobierno parlamentario. Por

¹⁷ Sobre el tema véase *Ex plurimis V. BALDINI, La camera degli interessi territoriali nello Stato composto*, Satura Ed., Nápoles, 2008.

¹⁸ Sobre el tema sea permitido aplazar en esta sede a F. PASTOR, *Evoluzione della forma di governo parlamentare e ruolo del capo dello Stato*, Giappichelli, Turín, 2012.

no hablar de la notable incidencia del proceso de integración europea en el sistema de las normas constitucionales, creada sin que interviniera una revisión constitucional orgánica destinada a regular las relaciones entre el ordenamiento de la Unión Europea y el nacional, como, en cambio ocurrió en la mayor parte de los países miembros caracterizados por una Constitución escrita.¹⁹

Queda por preguntarse, entonces, cuáles son los motivos de una tan repetida insistencia sobre la supuesta necesidad de una "gran reforma" constitucional: probablemente, el mito de la gran reforma (a juicio de quien escribe) se debe más a la necesidad de legitimación histórica de una clase política autosuficiente y ya casi del todo ajena al llamado arco constitucional (es decir, a las fuerzas políticas que han contribuido a fundar la República y a aprobar la Constitución, para luego defenderla e implementarla durante los siguientes cincuenta años), que a una verdadera necesidad política y social del país.

Una revisión orgánica de la Constitución de 1947 requeriría una profunda conciencia cultural y política compartida de los valores de fondo, en ausencia de la cual se corre el riesgo, en el mejor de los casos, de una reforma inútil o inoperante; en el peor, de una eversiva perversión de los valores constitucionales fundamentales.²⁰

La esperanza es, más bien, que se realicen trabajos de reformas puntuales y de mejoras del actual sistema constitucional, con un consenso amplio de las fuerzas políticas, lo cual nunca ha sido conveniente en una legislatura caracterizada por una reducción significativa del pluralismo parlamentario.

La actual XVII legislatura parece haberse situado por fin, no sin incertidumbres y vacilaciones, sobre una vía constructiva.

Por iniciativa gubernamental, en efecto, se ha presentado un proyecto de Ley Constitucional gubernamental (denominado proyecto de Ley Boschi, por el apellido del actual Ministro para las reformas constitucionales, Sra. María Elena Boschi), según el procedimiento previsto en el art. 138 Cost., encaminado esencialmente: I) a superar el bicameralismo perfecto mediante la creación de una cámara de autonomías territoriales, sustitutiva del actual Senado, con competencias diferenciadas respecto a la Cámara de Diputados que sería así la única titular de la relación fiduciaria con el gobierno; II) a modificar el reparto de las competencias legislativas entre Estado y regiones, eliminando las competencias concurrentes y aclarando mejor las respectivas funciones y responsabilidades.

¹⁹ El relieve del sistema partidista con referencia al funcionamiento de la forma de gobierno parlamentario fue bien señalado desde hace tiempo en los estudios de Duverger en Francia y de Elia en Italia. Véase M. DUVERGER, *Partis politiques, et classes sociales en France*, Paris, 1955; M. DUVERGER, *Demain, la République*, Paris, 1958; M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3ª ed., Paris, 1958; M. DUVERGER, "La nozione di regime "semipresidenziale" e l'esperienza francese", *Quad. cost.*, n.º2, 1983, p. 259 y ss.; L. ELIA, "Appunti sulla formazione del Governo", *Giur. cost.*, 1957, p. 1170 y ss., L. ELIA, "Primo ministro (diritto comparato)", *Noviss. Dig. es.*, XIII, 1966, p. 863 y ss., L. ELIA, "Fiducia parlamentare", *Enc. Dir.*, XVII, 1968, p. 398 y ss., L. ELIA, "Governo (forme di)", *Enc. Dir.*, XIX, Giuffrè, Milán, 1970, p. 634 y ss., L. ELIA, "Rappresentanza politica, partiti, Parlamento", informe llevado a cabo dentro del *Congreso del A. I. C.* celebrada en Florencia los días 12, 13 y 14 de octubre 2000, sobre el tema "El Parlamento".

²⁰ Plenamente compartibles, a este respecto, parecen los temores expresados en M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, op. cit.

El proyecto de Ley constitucional en cuestión está en fase de aprobación, en su primera lectura por el Senado de la República. Por lo tanto, faltan aún tres pasos parlamentarios y el resultado del proceso reformador en curso parece ahora mismo dudoso. No obstante - aunque en presencia de alguna perplejidad frente a algunas de las soluciones técnicas discutibles - no se puede menos dejar de apreciar, respecto a los anteriores intentos y a las anteriores revisiones que se ha hecho alusión, la búsqueda de un consenso que vaya más allá de los límites de la mayoría de gobierno, así como la decisión de no intervenir en toda la parte organizativa de la Constitución pero sólo en algunas apremiantes y centrales cuestiones; sin, por eso, cerrar el camino a las sucesivas más y puntuales intervenciones de revisión.

IV. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA COMO PROCESO: EUROPA DE LOS MERCADOS Y EUROPA DE LOS DERECHOS

La evolución del significado de las disposiciones constitucionales italianas, como ya se ha subrayado, ha sido determinada en gran parte por la evolución del proceso de integración europea.

En particular, la transformación de las Comunidades Europeas en la Unión Europea - ocurrida en virtud del Tratado de Maastricht - ha consagrado el nacimiento de un ordenamiento supranacional con fines no ya exclusivamente económicos, sino también sociales y políticos. En el neonato ordenamiento ha adquirido relevancia central el tema de las libertades personales.²¹

El Tribunal de Justicia ha construido, en efecto, durante los años, un sistema de valores, introduciendo en el ordenamiento europeo principios del mismo no explícitamente previstos, sin seguir un proyecto orgánico, pero basándose en los casos que cada vez se han presentado a su examen.

Las originarias connotaciones economicistas y sectorialistas de las Comunidades Europeas habían favorecido, en el pasado, el desarrollo de una especial sensibilidad del Tribunal de Justicia hacia las libertades en el ámbito económico. Y el principio pluralista había adquirido su consistencia en la jurisprudencia comunitaria principalmente mediante la afirmación de la prohibición de discriminación, del derecho de competencia, de la libertad de circulación y de la libertad de establecimiento.

Esta angosta perspectiva resulta obsoleta a la luz de la jurisprudencia comunitaria más reciente, sobre todo posterior a la aprobación del Tratado de Maastricht, de la cual se desprende una renovada atención a las libertades religiosas, culturales, políticas y sociales.²²

De tal modo que hoy es posible afirmar que "si existe una tradición constitucional común de los Estados de la Unión, como se evidencia en numerosas

²¹ Sobre el tema véase. E. PAGANO, "I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht", en *Diritto Unione Europea*, 1996, p.163 y ss.

²² La contribución aportada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la formación de los derechos fundamentales a nivel europeo es puesta de relieve en E. PAGANO, "Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n°1, 2001, p. 177. Sobre el tema véase, así mismo, R. TONIATTI, "La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n°1, 2001, p. 186.

decisiones del Tribunal de Justicia, esa tradición no es en el sentido de la supremacía de las reglas de la economía de mercado, sino de una armonización de tales reglas con las necesidades del desarrollo económico y social y la eliminación de las desigualdades, según una estrategia confirmada por el art. 3 del Tratado C. E. ".²³

Las dimensiones del catálogo de los derechos civiles, económicos y sociales declarados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, proporciona un signo tangible de la amplitud y la importancia de la obra llevada a cabo.²⁴

El Tribunal, haciendo surgir en vías jurisprudencial los derechos fundamentales ordenamiento comunitario ha anticipado y estimulado la actividad de las conferencias intergubernamentales y de los órganos políticos de la Unión. Se ha tratado de una contribución decisiva y probablemente necesaria, pero el retraso de los procesos de decisión política ha dado lugar a múltiples problemas.

En particular, el grado de protección asegurado por la jurisprudencia comunitaria a los derechos fundamentales, se ha mostrado muy a menudo inferior al asegurado dentro de los ordenamientos nacionales más sensibles a estos valores constitucionales.

En efecto, la afirmación de principios formalmente extraños al régimen comunitario fue hecha, a menudo, en un intento de buscar una solución a las cuestiones propuestas por el propio ordenamiento comunitario, y por tanto, teniendo en cuenta su naturaleza y sus objetivos.

En este sentido, se ha hablado de un método "selectivo" de la Corte, por cuanto habría reconocido un interés primario de las posiciones jurídicas subjetivas, sólo porque

²³ F. CUOCOLO, "L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti", *Giur. Cost.*, 2000, p. 587.

²⁴ Entran entre los derechos y los principios fundamentales reconocidos por el Tribunal: el derecho a la dignidad (véase por ejemplo sent. 03.07.1974 , Casagrande I, Rec., 773); el principio de igualdad y no discriminación (véase por ejemplo sent. 07.06.1972 , Sabbatini Bertoni, Rec., 746, en el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras; sent. 15.01.1986 , Aleta, Rec., 1, sobre la prohibición de discriminación de los trabajadores inmigrantes en materia de prestaciones sociales; sent. 12.12.1996, Altmann y a./Commission, Rec. p. II - 2041, Rec. FP p. II-1471 sobre el principio de razonable duración de las distinciones normativas justificadas por condiciones objetivas temporales; sent. 16.04.1997 , Kuchlenz-Winter/Commission, en Rec. p. II - 637, Rec. FP p. II-235 en el principio de sensatez de distinciones normativas); la libertad de asociación (véase por ejemplo sent. 08.10.1974 , Union Syndicale, Rec., 917); la libertad religiosa (véase por ejemplo sent. 27.10.1976 , Prais, Rec., 1589); la libertad de expresión (véase por ejemplo. VBVB-VBBB, 17.01.1984 , en Rec); el derecho a la confidencialidad (véase por ejemplo sent. 26.06.1980 , National Panasonic, Rec., 2030; sent. 18.05.1989 , Comisión c. Alemania, Rec., 1263; sent. 08.04.1992 , Comisión c. Alemania, Rec., sent. 15.05.1997 , N/Commission, Rec. FP p. II-289; sent. 18.12.1997 , Gill/Commission, Rec. FP p. II-1231); el derecho de residencia (véase por ejemplo sent. 29.10.1975 , Rutili, Rec., 1219); el derecho a la inclusión del núcleo familiar (véase por ejemplo sent. 15.02.1985 , Diatta, Rec., 567); la libertad de domicilio (véase por ejemplo sent. 21.09.1989 , Hoochst, Rec., 2859); el derecho de defensa (véase por ejemplo sent. 01.04.1987 , Dufay, Rec., 1561; sent. 14.05.1986 , Johnston, Rec., 1663; sent. 23.10.1974 , Transoceans Marine Paints, Rec., 1063; sent. 18.05.1992 , A. M. & S. , en Rec., I-1575); el principio della nulla poena sine culpa (véase por ejemplo sent. 10.07.1990 , Hansen, Rec., I-2911); el principio de irretroactividad de normas penales (véase por ejemplo sent. 10.07.1984 , KIRK, Rec., 2689); el derecho de propiedad y la libertad profesional (véase por ejemplo sent. 13.12.1979 , Hauer, Rec., 3727); la libertad de comercio y, más en general, de iniciativa económica (véase por ejemplo sent. 17.12.1970 , INTERNATIONAL Handelsgesellschaft, Rec., 1125); la libertad de competencia (véase por ejemplo sent. 07.02.1985 , ADBHU, Rec., 531; sent. 19.10.1977, Ruckdeshel, Rec., 1753).

las mismas se incluían en la estructura y en los objetivos de la Comunidad, disminuyendo de hecho su alcance.²⁵

Se están, además, produciendo defectos de coordinación entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a veces, han desembocado en verdaderos contrastes jurisprudenciales.

Sobre la base de la jurisprudencia comunitaria, el Tratado de la Unión ha llegado al reconocimiento de la existencia de las tradiciones constitucionales comunes. Las disposiciones que se ponen de relieve, en particular, son las contenidas en los artículos 6 y 7 del Tratado de Maastricht, en su redacción modificada por el Tratado de Amsterdam.

Como es sabido, el art. 6 del Tratado constitutivo, afirma que la Unión respeta los derechos fundamentales, garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre 1950, y que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en cuanto principios generales del ordenamiento comunitario.²⁶

El art. 7 prevé un complejo procedimiento que puede llevar a la aplicación de sanciones a cargo de los países miembros que sean responsables de violación de los valores fundamentales de la Unión Europea confirmados en el art. 6 del Tratado fundacional de la Unión.²⁷

El art. 46, Letra d, del Tratado Constitutivo, ha trasladado al Tribunal de Justicia la competencia de pronunciarse, en virtud de los Tratados de las Comunidades, sobre el respeto de los derechos fundamentales por parte de las instituciones; reconociendo así, expresamente el papel ya desde hace tiempo desempeñado por el Tribunal.

El Tratado de la Unión, además, ha efectuado referencias a los derechos humanos fundamentales, también en la regulación de algunos sectores. De conformidad con el art. 11, párrafo quinto, en efecto, la PESC debe tender al desarrollo y a la consolidación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Además, el art. K2, No. 1, preveía que la cooperación en materia de justicia y de asuntos internos, debía ser realizada en cumplimiento de la Convención Europea de los derechos humanos y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.²⁸

A su vez, el Tratado C. E., tras su modificación en Amsterdam, en el segundo párrafo añadido art. 3 afirma que la acción de la Comunidad aspira a eliminar las desigualdades, así como a promover la igualdad entre hombres y mujeres.

²⁵ Véase M. A. DAUSES, La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, en *Riv. trim. dr. Eur.*, 1984, p. 413.

²⁶ Se trata de una disposición de gran importancia que, dando un fundamento positivo a la categoría de las tradiciones constitucionales comunes a los países miembros, ha conferido, aunque sea en parte, una legitimación democrática al núcleo de estos valores constitucionales de la Unión Europea identificado por la jurisprudencia del Tribunal.

²⁷ En concreto, el recurso al procedimiento regulado por el citado art. 7 Hasta ahora ha sido pensado sólo en el llamado caso "Haider". En este asunto véanse los actos del foro sobre el tema "Il caso Austria e la forma di stato europea" publicados en *dalla Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, I, p.182 y ss.

²⁸ Esta última disposición se ha omitido en el Tratado de Amsterdam, que ha modificado la parte del Tratado de la Unión relativa a la cooperación en materia de justicia y de asuntos internos, transfiriendo parte de la disciplina de esta materia en el Tratado comunitario.

Especialmente significativo, a los fines del anuncio del principio pluralista del ordenamiento comunitario, el art. 13 del mismo Tratado, en el que se prevé que, sin perjuicio de las otras disposiciones del Tratado y las competencias comunitarias, el Consejo, actuando por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, pueda adoptar medidas adecuadas para luchar contra las discriminaciones fundadas en el sexo, raza u origen étnico, religión o las convicciones personales, discapacidad, edad o las tendencias sexuales.

Un paso adelante en la dirección anunciada y en la definición de un derecho constitucional europeo se ha dado con la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – aprobada el 7 de diciembre 2000 con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de Niza²⁹ y posteriormente incorporada en el Tratado de Roma de octubre 2004 que establece una Constitución para Europa - la cual contiene un catálogo amplio y articulado de las libertades fundamentales, contemplando tanto las libertades fundamentales clásicas (entre ellas la religiosa), tanto los derechos sociales, como los llamados nuevos derechos.

En cuanto a las técnicas de redacción utilizadas, suscita perplejidades la elección de formular los derechos fundamentales sin fijar reservas de ley y de jurisdicción y sin

²⁹ El punto de partida del proceso que condujo a la proclamación de la Carta de los derechos fundamentales, puede ser identificado en la decisión adoptada por el Consejo de la Unión Europea en Colonia en junio de 1999 de confiar a una convención recoger "los derechos fundamentales vigentes a nivel de la Unión» con el fin de hacerlos "más manifiestos". La fórmula utilizada en las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia parece correcta, puesto que por el momento los derechos fundamentales de la Unión Europea se habían reconocido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitaria. En las conclusiones del Consejo de Tampere del 14 y 15 de octubre 1999 fue establecida la composición de la Convención, ya esbozada en las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia, y se establecieron las modalidades de desarrollo de los trabajos. En el 2 de octubre 2000 la Convención concluyó definitivamente el texto de la Carta de los derechos fundamentales, que fue proclamada en Niza el 7 de diciembre 2000 con la firma conjunta por parte de los presidentes de Parlamento Europeo, el Consejo y Comisión con motivo de la conferencia intergubernamental que aprobó el Tratado de Niza. El recorrido institucional que ha llevado a la proclamación de la Carta de los derechos fundamentales es puntualmente reconstruido en un dossier publicado a cargo de R. Adam en la Revista *El derecho de la Unión Europea*, no 4 del 2000, en el cual se publicaron los documentos más significativos de los trabajos preparatorios así como el texto de la Carta. El dossier está precedido por una interesante introducción reconstructora de ADAM, véase. R. ADAM, "Introduzione", en R. ADAM (ed.), "Dossier. Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", en *Il diritto dell'Unione europea*, n° 4, 2000. Sobre la Carta de Derechos de la Unión Europea véase también A. BARBERA, "La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana", en VV. AA., *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padua 2002; R. BIFULCO, "Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti dell'Unione europea.", VV. AA., *Scritti in memoria di L. Paladin*, Nápoles, 2004; U. DE SIERVO, *La difficile Costituzione europea*, Boloña 2001; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milán, 2009; V. ONIDA, "I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona", *www.astrid-online.it*, n°2, 2010; C. SALAZAR, "A Lisbon Story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea da un tormentato passato...a un incerto presente?", *www.gruppodipisa.it*; G. TELESE, "Dal trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei dritti dell'Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n°1, 2001, p. 100; G. TIBERI, "L'Effettività dei Diritti Fondamentali nell'Unione Europea: verso una "politica" dei diritti fondamentali decisa a Bruxelles?", en *Astrid Rassegna*, n° 62, (Año 3, n. 21), 2007; V. ZAGREBELSKY, "La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *www.europeanrights.eu*, n° 12, 2007.

intentar ni siquiera esbozar el sistema de límites a los cuales cada derecho debe atenerse.³⁰

No se trata de un aspecto secundario, si bien es cierto que la consistencia y efectividad de un derecho fundamental deriva de la definición y del alcance de las garantías de las cuales será asegurado, así como de los límites que tendrá para el necesario equilibrio con los otros valores fundamentales.

El Tratado constitutivo de la Constitución para Europa fue adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Bruselas del 17 y 18 de junio 2004 y por lo tanto firmado en Roma el 29 de octubre. Tras el voto contrario a la Constitución Europea, expresado por los electores en Francia y los Países Bajos en 2005 y un período de reflexión de dos años, el 23 de junio 2007 los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE han alcanzado un acuerdo sobre el mandato para la posterior Conferencia Intergubernamental, que ha dado lugar al Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa, conocido también como Tratado de Reforma - oficialmente Tratado de Lisboa, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea - es el Tratado internacional, firmado el 13 de diciembre del 2007 que ha introducido amplias modificaciones al Tratado sobre la Unión Europea y al Tratado que instituye la Comunidad Europea. Con respecto al Tratado anterior, el de Amsterdam, son suprimidos los “pilares”, establece el reparto de competencias entre la Unión Europea y Estados miembros, y se refuerza el principio democrático y la protección de los derechos fundamentales, también mediante la atribución a la Carta de Niza del mismo valor jurídico de los Tratados. Entró oficialmente en vigor el 1 de diciembre 2009.

En esta perspectiva, parece potencialmente decisivo, no sólo -y no tanto - el papel de la jurisprudencia constitucional nacional y de la jurisprudencia de los altos Tribunales europeos, sino sobre todo el de los jueces ordinarios y de las autoridades administrativas, en particular las independientes.

V. EL TIEMPO DE LOS DERECHOS, MÁS ALLÁ DE LAS DISTINCIONES ENTRE CIVIL LAW Y COMMON LAW

El papel de los tribunales constitucionales nacionales y de los altos tribunales europeos, como se ha intentado poner en evidencia, no se limita a una función herméutica sino que desemboca a menudo en una verdadera función de producción normativa, erosionando cada vez más la distinción clásica de los ordenamientos jurídicos en sistemas de *civil law* y sistemas de *common law*.

Estos masivos fenómenos de producción jurisprudencial del derecho han hecho a menudo hablar de un *déficit* democrático en los distintos niveles territoriales de gobierno y en particular a nivel de la Unión Europea, por el hecho de que las distintas autoridades judiciales no tienen carácter representativo de las comunidades que viven en los ámbitos territoriales en los cuales las mismas autoridades operan.

³⁰ En el punto véase U. DE SIERVO, “I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)”, op. cit.

En particular, se denuncia, en esta clave, una supuesta falta de democracia en la génesis del derecho constitucional europeo, surgido de la prospección de las tradiciones constitucionales comunes realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin embargo, se puede pensar que este *déficit* se colma o cuanto menos se atenúa por la idea de que las tradiciones constitucionales comunes representan un mínimo denominador común de las constituciones de cada Estado miembro; por lo tanto, tienen su fundamento en las constituciones nacionales, cada una de las cuales, a su vez, es fruto de un proceso democrático.

Esta inversión del método, utilizado en la búsqueda de un fundamento democrático del derecho constitucional común europeo, quizás podría ofrecer una importante contribución a fin de desdramatizar la fuerte oposición, actualmente existente en doctrina, entre posiciones "funcionalistas" y de posiciones por "adoptar" en tema de proceso constituyente europeo.

Por otro lado, hay que reconocer que el papel activo de la jurisprudencia en los procesos de producción normativa se debe no tanto a un exceso de protagonismo de los jueces; sino, más bien, a una evidente insuficiencia de actividad realizada por los órganos de decisión política.

En cualquier caso, aún censurando algunos casos de discriminación, la jurisprudencia de los altos Tribunales europeos siempre ha reconocido la existencia de un amplio margen de apreciación en favor de los países miembros.

Esta orientación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, termina por responsabilizar aún más a los tribunales constitucionales nacionales, a los jueces ordinarios y a las autoridades administrativas competentes, llamándoles a desempeñar, en el marco examinado, un papel aún más decisivo.