

EL SISTEMA DE FUENTES EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

CARLOS ORTEGA SANTIAGO

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. La declaración de inconstitucionalidad de un decreto-ley por carencia de presupuesto habilitante.
- II. Las normas del derecho internacional convencional como «normas interpuestas» (parámetro de la constitucionalidad de las leyes).

Al margen de los sobresaltos en que vive inmerso de manera permanente el sistema político italiano y que ha tenido su plasmación más reciente en la disolución anticipada del Parlamento y en la celebración de elecciones generales en el presente año, sólo dos años después de los últimos comicios, el ordenamiento jurídico de ese país aún consigue transitar por vías estables a pesar de los avatares legislativos a que se ve sometido por las decisiones poco *ortodoxas*, por utilizar un eufemismo, con las que suele regalarse la clase política italiana.

Esa estabilidad ordinamental se hace efectiva, como en cualquier estado democrático que se precie, a través de la normatividad del pacto plasmado en la Constitución y a través de su preservación por la Corte constitucional. Precisamente, como habrá ocasión de referir en las páginas siguientes, la jurisprudencia reciente de la Corte constitucional italiana se ha caracterizado por contener interesantes interpretaciones actualizadoras del texto constitucional en diversos ámbitos y, significadamente, en el de las fuentes del derecho.

I. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN DECRETO-LEY POR CARENCIA DE PRESUPUESTO HABILITANTE.

No es desconocido que los jueces constitucionales utilizan con frecuencia la jurisprudencia de las cortes de otros países para orientar sus propias decisiones y, por ello, no debe extrañar que tanto nuestro Tribunal Constitucional como la Corte constitucional italiana hayan enjuiciado y declarado contrario a la respectiva Constitución, en el mismo año, un decreto-ley dictado sin la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad para su emanación («caso straordinario di necessità e d'urgenza» según las previsiones del art. 77 de la Constitución italiana). Así ha ocurrido en la Sentencia 68/2007 de nuestro Tribunal Constitucional y en la n° 171 de 2007 de la Corte constitucional italiana.

Como quiera que sea, puesto que la regulación de esta fuente en uno y otro ordenamiento difiere, como difiere en consecuencia la doctrina fijada por el Tribunal y la Corte en su anterior jurisprudencia referida al decreto-ley, también es distinto el hilo argumental que siguen uno y otra, nuestro Tribunal y la Corte italiana, para llegar a la misma conclusión en relación con el presupuesto habilitante de los decretos-leyes y su necesaria subsistencia para que su adopción sea legítima conforme al canon constitucional.

La doctrina italiana que ha analizado la Sentencia n° 171 de 2007 elogia de manera generalizada la opción de la Corte de aceptar expresamente en la decisión la existencia de dos líneas jurisprudenciales en sus anteriores resoluciones sobre los decretos-leyes, optando por una de ellas para que se convierta en el precedente a seguir en sucesivos pronunciamientos. Y así parece confirmarse, recientemente, en la Sentencia n° 128 de 2008, en la que la Corte vuelve a declarar inconstitucionales determinados preceptos de un decreto-ley por carencia de presupuesto habilitante para su adopción.

I.1. LAS POSIBLES CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN DECRETO-LEY EN LA ANTERIOR JURISPRUDENCIA DE LA CORTE: SUCESIVA REITERACIÓN DE DECRETOS-LEYES Y FALTA DE PRESUPUESTO HABILITANTE.

Pero son varios los aspectos relativos a los decretos-leyes y a sus requisitos constitucionales sobre los que la Corte arroja luz en estas últimas Sentencias, después de una jurisprudencia vacilante en las dos últimas décadas. En primer lugar, conviene recordar que en los años noventa la jurisprudencia constitucional italiana tuvo ocasión de enfrentarse con dos supuestos diferentes de inconstitucionalidad de los decretos-leyes, por una parte la falta de presupuesto habilitante para su emanación, por otra la reiteración de un decreto-ley decaído (no convertido en ley) a través de un nuevo decreto-ley con el que se venía a incorporar de manera definitiva al ordenamiento una regulación con fuerza de ley, por definición provisional, sin su consiguiente conversión parlamentaria.

Respecto de la primera tipología de decretos-leyes, la Corte constitucional italiana había afirmado su competencia para controlar jurisdiccionalmente y enjuiciar un decreto-ley que careciera «de manera evidente» de los presupuestos de necesidad y urgencia (Sentencia n° 29 de 1995), más allá del control político que corresponde realizar de ordinario al Parlamento durante la tramitación para su conversión en ley; más allá, en definitiva, de la valoración política acerca de la subsistencia de un presupuesto habilitante que realiza, en primer término, el Gobierno al dictar el decreto-ley, y que continúa el Parlamento al decidir sobre su conversión. En todo caso, la Corte mantenía que su valoración desde parámetros jurisdiccionales de la existencia de tal presupuesto habilitante había de ser excepcional; de ordinario había de primar la valoración política del Parlamento, también cuando la falta del presupuesto habilitante no fuera evidente («semplice mancanza» frente a «evidente mancanza»), única situación esta última que permitiría una valoración en términos jurisdiccionales de la subsistencia del presupuesto habilitante.

Respecto de los segundos, en una serie de pronunciamientos con amplia repercusión, la Corte afirmó la inconstitucionalidad de la práctica de reiterar el mismo texto normativo en decretos-leyes sucesivos a partir de un decreto-ley decaído (no convertido en ley, por primera vez en la Sentencia n° 360 de 1996), entre otros motivos porque ello constituiría una forma oblicua de eludir la nota de provisionalidad de los decretos-leyes y su obligado sometimiento, en el ordenamiento italiano, a la conversión en ley por el Parlamento para evitar su pérdida de eficacia con eficacia *ex-tunc* («sin dall'inizio») si esa conversión no se produce en el plazo de 60 días, todo ello según lo dispuesto en el art. 77 de la Constitución italiana. Conviene tener presente, además, que con esa reiteración venía a ponerse en cuestión el equilibrio de poderes entre el Parlamento y el Gobierno y la preeminencia de aquel cuando se trata de la adopción de disposiciones con valor de ley.

I.2. LA CAPACIDAD SANADORA DE LA LEY DE CONVERSIÓN SOBRE LOS VICIOS DEL DECRETO-LEY.

En segundo lugar, antes de la Sentencia n° 131 de 2007 la Corte constitucional había afirmado, no sin contradicciones, que la conversión en ley de un decreto-ley podía sanar determinados vicios que pudieran acarrear su inconstitucionalidad. De manera clara cuando se tratase de un decreto-ley que reiterara ilegítimamente lo dispuesto en un decreto-ley decaído, en cuyo caso la inconstitucionalidad del decreto-ley sólo podía verificarse antes de su conversión. A su vez, no parecía que la Corte admitiera la misma fuerza sanadora a la ley de conversión cuando se tratara de la falta de presupuesto habilitante para dictar el decreto-ley (Sentencia n° 194 de 1998).

No obstante, a partir del año 2000 la Corte pareció orientarse por atribuir la misma capacidad sanadora a la ley de conversión para cualquier vicio relativo al presupuesto habilitante del decreto-ley (Sentencia n° 419 de 2000, en-

tre otras). En esta posición de la Corte había tenido un evidente peso, sin duda, la regulación que hace la Constitución italiana del decreto-ley y que induce a considerar a éste y a su ley de conversión como *dos momentos de una misma norma*, y no como dos normas (*textos normativos*) distintos. Por esa razón, la *norma*, una vez convertida en ley, desplegaría efectos retroactivos (con capacidad sanadora) desde tal conversión hasta el momento en que se dictó el decreto-ley; y por esa razón, también, la inconstitucionalidad de un decreto-ley habría de extenderse sin problemas a la ley de conversión, existiendo, por así decirlo, una *comunidad (unidad) de destino* entre el decreto-ley y la ley de conversión tanto en *positivo (sanación)* como en *negativo (transmisión del vicio)*.

Después volveremos sobre esta última posibilidad —vinculación en *negativo*—, porque guarda directa relación con las primeras actuaciones llevadas a cabo a través del decreto-ley por el nuevo gobierno presidido por S. Berlusconi. Pero antes de llegar allí es preciso señalar que tampoco la Corte dejaba de admitir la posibilidad de enjuiciar un decreto-ley desde la perspectiva de su falta de presupuesto habilitante aún después de haber sido convertido en ley (entre otras, en la Sentencia n° 341 de 2003). Según esta jurisprudencia, y siempre ante una «evidente carencia» de presupuesto habilitante, la conversión en ley carecería de relevancia para sanar ese vicio de inconstitucionalidad del decreto-ley.

Estas vías interpretativas diferentes y contradictorias que estaban abiertas en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana sobre el decreto-ley se esclarecen en la sentencia n° 171 de 2007, confirmada después en sus líneas esenciales en la n° 128 de 2008. Así, la nueva doctrina de la Corte sigue considerando que «La preexistencia de una situación de hecho que comporte la necesidad de la utilización de un instrumento excepcional como el decreto-ley, constituye un requisito de validez constitucional de la adopción de dicha disposición, de manera que la eventual evidente carencia de ese presupuesto constituye en primer término un vicio de inconstitucionalidad del decreto-ley adoptado fuera de su ámbito de aplicación constitucionalmente previsto» (Fundamento 8.1 de la Sentencia n° 128 de 2008). La falta de presupuesto habilitante es causa de inconstitucionalidad, pero ha de ser una «carencia evidente» puesto que «el juicio de constitucionalidad debe desarrollarse desde un plano distinto respecto del ejercicio del poder legislativo, en el que las valoraciones políticas podrían ser prevalentes» (*id.*).

Dicho esto, la Corte aborda sin ambages la cuestión de los posibles efectos sanadores de la ley de conversión, negando esa virtualidad a la actuación del Parlamento sobre el decreto-ley viciado, por varios órdenes de motivos. Según la Corte, tal consideración sanadora significaría, en concreto, atribuir al legislador ordinario el poder de alterar el reparto constitucional de las competencias del Parlamento y del Gobierno en cuanto a la producción de las fuentes primarias (Fundamento 5 de la Sentencia n° 171 de 2007). O dicho de otra forma, la actuación del Gobierno a través del decreto-ley ha sido atribuida por el constituyente bajo determinadas condiciones (la preexistencia

de una situación extraordinaria de necesidad y urgencia), y ese requisito no puede dejar de ser preceptivo (y su carencia, *invalidante*) aunque el Parlamento opte posteriormente por su conversión.

Razonamiento de la Corte que parece incuestionable si no fuera porque cabría otra lectura del art. 77 de la Constitución italiana, aquella que considera que el obligado sometimiento del decreto-ley al procedimiento de conversión, y su pérdida de eficacia «desde el principio» si no es convertido en el plazo de sesenta días, significaría, *a contrario*, que la ley de conversión viene a *colocarse sobre* (y *en lugar de*) el decreto-ley desde el momento en que este entró en vigor, con la consiguiente sanación de los posibles vicios del decreto-ley, incluido el de la falta de presupuesto habilitante que, como es evidente, no puede postularse frente a la intervención mediante ley del titular ordinario de la potestad legislativa, el Parlamento.

Pero, como se ha apuntado ya, la Corte no obvia en su Sentencia n° 171 de 2007 que quepa esa otra interpretación del art. 77, puesto que tal consideración sanadora de la ley de conversión se encontraba en su jurisprudencia; lo que hace, con acierto según la doctrina que se ha ocupado de la Sentencia, es establecer su posición jurisprudencial para el futuro y justificar, desde una perspectiva constitucional, su conclusión sobre la falta de efectos sanadores de la ley de conversión.

Por otra parte, es especialmente relevante esta toma de posición de la Corte constitucional italiana por las consecuencias que de ahí se detraen. Puesto que, negada *prima facie* la capacidad sanadora de la ley de conversión, y manteniéndose la *indisoluble unidad* entre el decreto-ley y su ley de conversión (*dos momentos de una misma norma*) que es característica de la Constitución italiana, dicha *unidad* va a pasar de ser una vía de transmisión de efectos sanadores (de preservación de la constitucionalidad) entre la ley y el decreto-ley, para pasar a ser una posible vía de tránsito de los vicios de inconstitucionalidad del decreto-ley a la ley de conversión (puede que en doble sentido, como se verá después).

La Corte lo expresa del siguiente modo: «... si se presta atención al hecho de que en una República parlamentaria, como la italiana, el Gobierno debe contar con la confianza de las Cámaras, y si se considera que el decreto-ley comporta un modo concreto de asunción de responsabilidad, debe concluirse que las disposiciones de la ley de conversión en cuanto tales... no pueden valorarse, desde la perspectiva de su legitimidad constitucional, de manera autónoma a las disposiciones del propio decreto-ley.» (Fundamento 5° de la Sentencia n° 171 de 2007). Y, en el mismo sentido, que cuando resulte evidente la carencia de presupuesto habilitante para dictar el decreto-ley, ese vicio, una vez producida la conversión, se traduce en un vicio *in procedendo* de la ley (*id.* y Fundamento 8° de la Sentencia n° 128 de 2008, siguiendo lo establecido en la Sentencia n° 29 de 1995).

I.3. HOMOGENEIDAD DEL DECRETO-LEY Y TRASLACIÓN DEL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD DESDE LA LEY DE CONVERSIÓN AL DECRETO-LEY.

Al mismo tiempo, aunque no se explicita así en las Sentencias de referencia, en algún supuesto la incorporación de determinados contenidos a la norma durante su conversión en ley en sede parlamentaria podría conducir a la inconstitucionalidad de la ley de conversión y del decreto-ley por carencia de presupuesto habilitante. En este sentido, es preciso recordar que los decretos-leyes de cuyos preceptos algunos son declarados inconstitucionales en las Sentencias números 171 de 2007 y 128 de 2008 adolecían de un vicio que actuaba como presunción de la carencia de presupuesto habilitante de los preceptos inconstitucionales: su *heterogeneidad*.

En el primer supuesto, se trataba de un decreto-ley que contenía disposiciones urgentes en materia de entes locales y que incluía una previsión de carácter electoral referida a las causas de inelegibilidad de los Alcaldes. Es precisamente esta regulación electoral la que se cuestiona por un órgano judicial ante la Corte constitucional, y es ese concreto precepto del decreto-ley y de la ley de conversión el que es declarado inconstitucional por carecer de presupuesto habilitante. Y ello porque el resto de preceptos del decreto-ley compartían el mismo objeto, la financiación de los entes locales, y se justificaban en una situación extraordinaria de necesidad y urgencia que no guardaba ninguna relación posible con la regulación de las inelegibilidades de los Alcaldes.

En el segundo supuesto, la Sentencia nº 128 de 2008, se trataba de un decreto-ley conteniendo «Disposiciones urgentes en materia tributaria y financiera» cuya finalidad era reequilibrar las cuentas públicas y reordenar determinados ámbitos de la Administración que incluía, a su vez, un precepto en el que se establecía la expropiación del Teatro Pretuzzelli de la ciudad de Bari y que era la disposición cuestionada ante la Corte por el juez ordinario. Precepto este último declarado inconstitucional por carencia de presupuesto habilitante puesto que, según la Corte constitucional, no era posible verificar ninguna conexión entre el objeto y la finalidad del decreto-ley y la previsión de la expropiación de dicho teatro («La conexión formal de la expropiación a las temáticas de la financiación pública no sólo no se puede concretar sino que ni siquiera se indica [en el decreto-ley]», Fundamento 8.2 de la Sentencia).

De esta manera, la *heterogeneidad* del decreto-ley no se postula, de por sí, como causa de la inconstitucionalidad del decreto-ley, pero sí es indicio de que alguno de sus preceptos puede carecer del presupuesto que habilita a su emanación gubernativa con fuerza de ley. Este matiz es importante porque la Corte evita pronunciarse, así, acerca de la *homogeneidad* como un requisito estructural necesario del decreto-ley, evitando, por una parte, postular un criterio que podría proyectarse sobre el decreto-ley en su conjunto, con la consiguiente posible inconstitucionalidad de todo el decreto-ley de no subsistir tal «requisito». Y eludiendo también, por otro lado, elevar a «norma interpuesta» (parámetro) la Ley nº 400 de 1988 «reguladora de la actividad del Gobierno y de ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros», allí donde prevé que «Los decretos-le-

yes deben contener medidas de aplicación inmediata y su contenido debe ser específico, homogéneo y corresponderse con el título» (art. 15.3); del mismo modo que prevé límites materiales a esas disposiciones de origen gubernativo, como es la materia electoral [art. 15.2 b)], sin que la Corte se sirva tampoco de esta vía de enjuiciamiento en la Sentencia nº 171 de 2007 (precepto de un decreto-ley estableciendo causas de inelegibilidad de los Alcaldes).

Pues bien, esa *heterogeneidad* «indiciaria» de la inconstitucionalidad de un determinado precepto de un decreto-ley, junto con la íntima conexión (*unilateralidad*) del decreto-ley y su ley de conversión, permiten postular que una *heterogeneidad* no existente en origen, en el momento de dictarse el decreto-ley, sino incorporada posteriormente, en el trámite de conversión en ley a través de una enmienda parlamentaria, pudiera acarrear la inconstitucionalidad de ese nuevo precepto siempre que sea incongruente con la finalidad del decreto-ley.

Por eso, en sede doctrinal ya se ha avanzado que una de las posibles causas de inconstitucionalidad de la disciplina que establece la suspensión de determinados procesos judiciales (en beneficio, como es sabido, del actual Presidente del Consejo de Ministros) derivaría de su incorporación en sede parlamentaria a la ley de conversión de un decreto-ley (el nº 92 de 2008) que tiene como objeto una materia radicalmente extraña a la regulación del proceso penal, puesto que el decreto-ley enuncia expresamente que se ocupa de establecer «un marco normativo más eficiente para hacer frente a fenómenos de ilegalidad extendida vinculados a la inmigración ilegal y a la criminalidad organizada, junto a normas dirigidas a garantizar la seguridad de la circulación por carretera en relación con el incremento de los accidentes y de las víctimas».

En cualquier caso, conviene tener presente que la Corte avala la posibilidad de individuar el presupuesto habilitante de un decreto-ley y de su ley de conversión tanto en el propio decreto-ley (en su título, en su preámbulo...) como en los trabajos parlamentarios, en términos similares a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre este tipo de fuente normativa. Además, la inclusión en un decreto-ley de una regulación en principio *heterogénea* y, como tal, *indiciariamente* inconstitucional, no será tal siempre que el decreto-ley disponga de una finalidad y de un objeto lo suficientemente genéricos como para permitir vincular el precepto en principio *heterogéneo* a aquéllos (*objeto material* y *finalidad*), y siempre que se pruebe, a su vez, la extraordinaria necesidad y urgencia de esa regulación para justificar su inclusión en el *tándem* decreto-ley-ley de conversión (Fundamento 8.2 de la Sentencia nº 128 de 2008).

I.4. LA VINCULACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL DECRETO-LEY Y LA LEY DE CONVERSIÓN A LA FORMA DE GOBIERNO EFECTIVAMENTE OPERATIVA EN ITALIA.

Para concluir con esta jurisprudencia de la Corte sobre el decreto-ley que marca una «nueva» orientación sobre la materia es preciso señalar que, en su

trasfondo, late una nueva concepción del sistema parlamentario italiano que es consecuencia necesaria de las variaciones en su sistema político y electoral. En este sentido, no puede obviarse que a partir de los años noventa empieza a quebrarse la relativa *discontinuidad* entre el Gobierno y el Parlamento que era característica (y casi excepcional en nuestro entorno) del sistema italiano, y que permitía construir aún una nítida separación entre la actuación y la orientación (*indirizzo*) políticas del Gobierno y las del Parlamento, con múltiples proyecciones, entre otras la de los decretos-leyes y su control parlamentario a través de su conversión en ley.

Sólo, quizás, a partir de una comprensión del Parlamento como órgano representativo cuyas mayorías en cada concreta decisión no se corresponden necesaria (ni habitualmente) con la mayoría de Gobierno, cabía entender y admitir que el Parlamento, actuando según el criterio de la mayoría, podía ejercer un verdadero control sobre el Gobierno; que la responsabilidad política de este último podía concretarse no en clave de *derechos* de las minorías parlamentarias, sino en clave *orgánica* (el Parlamento frente al Gobierno). En ese contexto, la distinción entre la actuación parlamentaria, a través de la ley de conversión, y la actuación del Gobierno, a través de la emanación del decreto-ley, aún podía ser nítida, y eso permitía explicar que el control político sobre el Gobierno y «su» decreto-ley ejercido en el trámite de conversión pudiera servir, entre otras cosas, para sanar determinados vicios de la norma gubernamental.

Sin embargo, esta interpretación de las atribuciones que corresponden al Parlamento respecto del decreto-ley según el art. 77 de la Constitución italiana es más difícil de sostener cuando el sistema político y el sistema electoral (mayoritario o proporcional corregido con premio de mayoría, como en la actualidad) garantizan una *continuidad* (aunque todavía relativa en ocasiones, como la pasada legislatura) entre mayoría parlamentaria y mayoría de gobierno. En este contexto, la Corte se ha visto compelida a *confirmar* la íntima conexión entre el decreto-ley y su ley de conversión (*unilateralidad* lo hemos llamado aquí), y a remarcar también que en vía de conversión de un decreto-ley el Parlamento actúa y se ve condicionado de manera particular y distinta a cuando ejerce de ordinario su actividad legislativa: «En efecto, la eficacia inmediata de este [el decreto-ley], que lo hace apto para producir modificaciones incluso irreversibles tanto de la realidad material como del ordenamiento, al tiempo que hace evidente la razón del inciso de la norma constitucional que atribuye al Gobierno la responsabilidad de la emanación del decreto, condiciona a la vez la actividad del Parlamento en sede de conversión de manera especial respecto de la actividad legislativa ordinaria.» (Fundamento 5 de la Sentencia nº 171 de 2007).

Podría decirse que en este supuesto de la conversión se acentúa la expresión de la confianza parlamentaria hacia el Gobierno y se realiza la vinculación de la «suerte» que han de correr las decisiones de uno y de otro, amparadas ambas por la misma, estable, mayoría. En este sentido, la Corte constitucional parece dar a entender que la ley de conversión y el decreto-ley

vienen *mancomunados* en una suerte de «unidad de acto» que explica que no puedan ser enjuiciados ante su jurisdicción de manera separada. Al mismo tiempo, la manifestación de voluntad del Parlamento convirtiendo en ley el decreto-ley vendría a ser expresión de la pervivencia del vínculo de confianza entre el Gobierno y las Cámaras, y de la asunción por estas últimas de la decisión del primero plasmada en el decreto-ley, con las consecuencias ya explicadas que ello comporta respecto de la comunicación de los vicios de este último a su ley de conversión y viceversa (en su caso).

II. LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL COMO «NORMAS INTERPUESTAS» (PARÁMETRO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES).

II.1. ALGUNAS PREMISAS SOBRE LA POSICIÓN DEL DERECHO SUPRANACIONAL E INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO.

Es de sobra conocido que el ordenamiento italiano ha sido especialmente refractario a incorporar la primacía o la vinculatoriedad en el ámbito interno de aquellos ordenamientos cuya fuente de validez se sitúa fuera o al margen de ese ordenamiento estatal, concretamente el ordenamiento internacional y el ordenamiento comunitario. No es casualidad, a este respecto, que algunas de las decisiones más relevantes de las jurisdicciones *supra* o internacionales (TJCE, TEDH) tengan su origen en procesos iniciados ante la jurisdicción italiana (*Costa c. Enel*, caso *Puppino*; *Cordova c. Italia*, *Scordino c. Italia...*).

Por esta razón, las Sentencias números 348 y 349 de 2007 de la Corte constitucional suponen un nuevo estadio en la incorporación de ese derecho *externo* al Estado al ordenamiento italiano. Como ha tenido ocasión de señalar la doctrina, las novedades jurisprudenciales que aportan las referidas Sentencia sólo pueden explicarse a partir de las modificaciones incorporadas a la Constitución italiana con la Ley constitucional nº 3 de 2001 y, más en concreto, con la nueva formulación que se deriva de la misma para el art. 117 del texto constitucional.

Hasta esa reforma, la *función* de la Constitución como *norma sobre la aplicación de normas* de distintos *sistemas normativos* gravitaba en torno a lo previsto en los arts. 10 y 11 del texto constitucional. El primero, al prever que «el ordenamiento jurídico italiano se somete a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas»; el segundo, cuando establece que «Italia... consiente, en condiciones de igualdad con los otros estados, las limitaciones de soberanía necesarias para lograr un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales dirigidas a ese fin». Tras la reforma de 2001, a dicha *función* hay que añadir lo previsto en el apartado 1º del art. 117, donde se dispone que «la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las regiones con respeto a

la Constitución y a los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales».

Esta innovación constitucional, como se pone de manifiesto en las Sentencias citadas, supone una transformación radical de la ordenación de los sistemas normativos con eficacia en Italia. En primer lugar, porque el sometimiento del ordenamiento italiano a las normas del derecho internacional previsto en el art. 10 ha de ser entendido, únicamente, en referencia a las normas de carácter consuetudinario generalmente reconocidas en ese ámbito, pero no a los acuerdos internacionales. Como señala la Corte constitucional en la Sentencia nº 348 de 2007, «El citado precepto constitucional [art. 10, apartado primero], con la expresión <<normas del derecho internacional generalmente reconocidas>>, se refiere solamente a las normas consuetudinarias y establece la adecuación automática, respecto de las mismas, del ordenamiento jurídico italiano. Las normas pactadas, aunque sean generales, contenidas en tratados internacionales bilaterales o multilaterales, exceden por tanto del alcance normativo del referido art. 10» (Fundamento 3.4).

En segundo lugar, porque lo previsto en el art. 11, con las referencias a las limitaciones de soberanía para lograr un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, sólo se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional como predicable del ordenamiento comunitario, con su consiguiente eficacia directa en el ámbito interno, además de su primacía, pero no de las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos u otras fuentes convencionales. Así se explicita, también, en el Fundamento 3.3 de la citada Sentencia, donde la Corte afirma que «Esta Corte ha aclarado que las normas comunitarias <<deben tener plena eficacia obligatoria y aplicación directa...>>. El fundamento constitucional de esa eficacia directa se ha concretado en el art. 11 de la Constitución, en la parte en la que se consienten las limitaciones de la soberanía nacional... La referida orientación jurisprudencial no se refiere a las normas del CEDH, ya que esta Corte había excluido, ya antes de afirmar la aplicabilidad directa de las normas comunitarias en el ordenamiento interno, que pudiera aplicarse, a propósito de las primeras, el art. 11 de la Constitución, <<no pudiéndose concretar, en referencia a las normas pactadas analizadas, ninguna limitación de la soberanía nacional>> (Sentencia nº 188 de 1980)»

Por contra, tras la reforma constitucional de 2001, la potestad legislativa y, por consiguiente, las leyes, tanto estatales como regionales, han de respetar no sólo la Constitución, también las obligaciones que se derivan para el ordenamiento italiano del derecho comunitario y de los compromisos internacionales, incluidos por tanto los compromisos de carácter convencional (tratados). De cualquier forma, esta regulación constitucional plantea algunos interrogantes despejados, en buena medida, por la Sentencia nº 348 de 2007 (y por su *coda*, la nº 349 del mismo año).

II.2. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA RESOLVER LOS CONTRASTES ENTRE EL CEDH Y LAS NORMAS LEGALES.

Más en concreto, así ocurre con la hipótesis dejada abierta por algunos órganos de la jurisdicción ordinaria (antes y después de dicha reforma constitucional), que habían inaplicado disposiciones legales consideradas contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, dando a este tratado y a la jurisprudencia del TEDH competente para interpretar y aplicar sus estipulaciones el tratamiento jurisdiccional característico de las normas del derecho comunitario (eficacia directa y primacía frente al derecho interno, al menos el infraconstitucional). La identificación en el enunciado del art. 117 de los vínculos derivados de las obligaciones internacionales con los dimanantes del derecho comunitario, como límites ambos a la potestad legislativa estatal y regional, podían inducir a esta asimilación.

Del mismo modo que coadyuvaba a esta actuación de los jueces inaplicadora de leyes contrarias al Convenio la necesaria interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en armonía con los derechos inviolables del hombre y los acuerdos internacionales en los que encontraran plasmación; a partir, es preciso advertirlo, de una previsión constitucional mucho menos *aperturista* a este tipo de interpretación integradora (la del art. 2 de la Constitución italiana), que la que se contiene en el apartado 2º del art. 10 de nuestro texto constitucional.

Sin embargo, la Corte descarta esta hipótesis y afirma en estas Sentencias que la posible contradicción de una disposición legal italiana con las previsiones del CEDH y, en su caso, con la interpretación que de ellas haya realizado el Tribunal de Estrasburgo, es una cuestión de legitimidad constitucional de las leyes en cuestión y, por tanto, un asunto propio de su jurisdicción. La Corte viene a considerar que el art. 117 de la Constitución italiana contiene una *apertura* hacia otros sistemas normativos *externos* al ordenamiento italiano, al tiempo que los sitúa como límite de la potestad legislativa *interna* y, por ello, como potencial canon o parámetro de la constitucionalidad de las leyes.

Así, de modo claro, en el Fundamento 4.3 de la Sentencia nº 348 de 2007, donde se afirma que «... el nuevo texto del art. 117, apartado primero, de la Constitución, si por una parte hace indiscutible la mayor fuerza de resistencia de las normas del CEDH respecto de las leyes ordinarias posteriores, por otra atrae a las mismas en la esfera de la competencia de esta Corte, ya que los eventuales contrastes no generan problemas de sucesión de las leyes en el tiempo o valoraciones acerca de la respectiva ordenación jerárquica de las normas en contraste, sino cuestiones de legitimidad constitucional. El juez ordinario no dispone, por tanto, del poder de inaplicar la norma legislativa ordinaria considerada contraria a una norma del CEDH, puesto que la referida incompatibilidad entre ambas se presenta como una cuestión de legitimidad constitucional, por presunta violación del art. 117, apartado 1º, de la Constitución, de la competencia exclusiva del juez de las leyes».

La diferencia entre el ordenamiento comunitario (originario y derivado) y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado italiano es que el primero se reconduce tanto a lo dispuesto en el art. 117 (donde se le menciona expresamente) como al art. 11 de la Constitución (en cuanto que la Unión Europea conlleva una limitación de soberanía al objeto de crear un ordenamiento —el comunitario— dirigido a garantizar la paz y la justicia); mientras que acuerdos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos no crean una organización supranacional a la que se atribuyen *porciones de soberanía* (competencias) y la consiguiente capacidad de dictar normas con eficacia directa e inmediata en el ámbito interno de sus signatarios.

Ciertamente, el CEDH dispone de peculiaridades relevantes frente a otros tratados internacionales al instituir un Tribunal encargado de interpretar y aplicar sus estipulaciones cuyas sentencias disponen de una cierta *efectividad* en el ámbito interno de los estados que lo han incorporado a su ordenamiento, pero ni en Italia ni en otros estados como el nuestro cabe aún equiparar los Tratados comunitarios y el Convenio en razón de las obligaciones que derivan de unos y de otro. Prueba de ello es que el Convenio no impone una revisión de las decisiones judiciales internas con fuerza de cosa juzgada como consecuencia de una sentencia del Tribunal de Estrasburgo, aunque haya estados que lo han concretado así en su ordenamiento interno o a través de la jurisprudencia de sus tribunales.

II.3. LA POSICIÓN DEL CEDH EN EL SISTEMA DE FUENTES COMO «NORMA INTERPUESTA»: EL CONTROL DE SU ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL.

En otro orden de cosas, la elevación del Convenio Europeo de Derechos Humanos a lo que en la doctrina italiana se conoce como «norma interposta» (cuyo equivalente más próximo en nuestro ordenamiento serían las normas parámetro o canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes) no plantea, en principio, excesivos problemas, pues ninguna duda cabe, según la jurisprudencia de la Corte, de que ese carácter atribuido a una determinada fuente normativa no la equipara jerárquicamente a la Constitución ni proscribire que pueda ser enjuiciada desde el texto constitucional para determinar su adecuación al mismo, asunto éste sobre el que volveremos a continuación.

Más dudas doctrinales ha planteado la consideración que hace la Corte del CEDH, y que postula con carácter general de cualquier «norma interpuesta», al definir las como «normas de rango subordinado a la Constitución, pero de rango intermedio entre ésta y la ley ordinaria» (Fundamento 4.5 de la Sentencia nº 348 de 2007). No obstante, si se lee con detenimiento la Sentencia puede comprobarse que esta *colocación* de las «normas interpuestas» en una suerte de nuevo rango entre la ley y la Constitución no sirve en el pronunciamiento más que para *hacer visible* la función de parámetro que cumplen esas normas, pero de la argumentación de la Corte no cabe deducir nada

más, tampoco que las «normas interpuestas» sean jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias.

De hecho, en otros pasajes de la Sentencia se contienen algunas afirmaciones que explican mejor la relación existente entre las leyes ordinarias y el Convenio, a partir de la que ha sido jurisprudencia constante de la Corte, y que incluye un entendimiento de los acuerdos internacionales a partir de una concepción dualista del derecho internacional y, por ello, a partir de la necesidad de una norma («orden») interna de ejecución que incorpore al ordenamiento italiano el correspondiente tratado.

En este sentido, el art. 117 de la Constitución italiana ha supuesto una importante novedad en el ordenamiento de ese país porque conlleva que el canon de constitucionalidad de las leyes venga integrado, materialmente, por las obligaciones internacionales asumidas por Italia. Obligaciones que vinculan a este estado ya desde su asunción según las reglas del derecho internacional, antes por tanto de que se incorporen al ordenamiento interno a través de la correspondiente «norma de ejecución», porque esa ley de ejecución vendría limitada (*predeterminada*) por el contenido del tratado (*ex* art. 117 de la Constitución), al que no podría contradecir sin incurrir a su vez, de manera indirecta, en vicio de inconstitucionalidad. Vinculación que se proyecta, también, frente a las leyes sucesivas a la incorporación del tratado al ordenamiento interno; el acuerdo internacional es, desde este punto de vista, especialmente resistente frente a ley porque la Constitución ha asumido sus contenidos como parámetro del ejercicio de la potestad legislativa por el Estado y las regiones.

Como se ha apuntado antes, el otorgamiento al CEDH de una función tan relevante en el ordenamiento italiano, como «norma interpuesta» *ex* art. 117 de la Constitución, viene revestida de una cautela fundamental, allí donde la Corte afirma que de dicha función se deriva que «La exigencia de que las normas que integran el parámetro de constitucionalidad sean ellas mismas conformes con la Constitución sea absoluta e inexcusable, para evitar la paradoja de que una norma legislativa sea declarada inconstitucional con base en otra norma subconstitucional, a su vez contraria a la Constitución. Con ocasión de cualquier cuestión derivada de una pretendida contradicción entre normas interpuestas y normas legislativas internas, es preciso enjuiciar conjuntamente la conformidad de la norma interpuesta con la Constitución y la legitimidad de la norma censurada respecto de la norma interpuesta.» (Fundamento 4.7, Sentencia n° 348 de 2007).

Por lo tanto, el CEDH se sitúa en la misma posición que cualquier otra disposición subconstitucional y puede ser objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte con arreglo a cualquiera de los preceptos de la Constitución; sujeción plena, más amplia que la vinculación y el enjuiciamiento (limitado) que ha postulado la Corte a su favor en relación con las normas comunitarias y las normas del Concordato con la Santa Sede: «Lo dicho hasta ahora no significa que las normas del CEDH, en la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo, adquieran la fuerza de las normas cons-

titucionales y sean por ello inmunes al control de legitimidad constitucional de esta Corte. Precisamente porque se trata de normas que integran el parámetro constitucional, pero que permanecen siempre a un nivel subconstitucional, es necesario que sean conformes con la Constitución. La naturaleza especial de dichas normas, distintas de las comunitarias o las concordatarias, *conlleva que el enjuiciamiento de constitucionalidad no pueda limitarse a la posible lesión de los principios y de los derechos fundamentales..., o de los principios supremos..., y que deba extenderse a cualquier aspecto de contraposición entre las <<normas interpuestas>> y las normas constitucionales»* (*id.*, cursiva nuestra).

Además, ese control de constitucionalidad sobre el Convenio puede traer causa de una impugnación en la que alguna de sus estipulaciones constituya el objeto principal de enjuiciamiento de la Corte; pero puede producirse también, como en el presente caso, cuando la norma cuestionada no sea una disposición del CEDH pero éste sea alegado como parámetro de la constitucionalidad de la norma legal impugnada. De hecho, esa es la primera operación que ha de llevar a cabo la Corte en cualquier decisión que revista las condiciones descritas, puesto que una norma interpuesta contraria a la Constitución no puede ser utilizada como canon de la constitucionalidad de la norma impugnada. En el caso del Convenio, ese enjuiciamiento previo habrá de recaer sobre la disposición del CEDH tal y como haya sido interpretada por el Tribunal de Estrasburgo: «Puesto que... las normas del CEDH viven en la interpretación que haga de las mismas el Tribunal Europeo, la determinación de la compatibilidad constitucional debe referirse a la norma como producto de la interpretación, no a la disposición considerada en sí misma y por sí misma» (*id.*).

El enjuiciamiento de las «normas interpuestas» (parámetro) con carácter previo al enjuiciamiento de las leyes impugnadas no es ajeno a otras cortes constitucionales, y entre ellas nuestro Tribunal Constitucional. Sin embargo, la Corte constitucional italiana dispone de un instrumento para realizar ese control de las normas parámetro que va a derivar en una mayor seguridad para los operadores jurídicos, puesto que el art. 27 de la Ley nº 87 de 1953, que disciplina la actuación de la Corte, le habilita para declarar en el fallo de sus sentencias la inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en textos legales distintos del impugnado.

De este modo, el enjuiciamiento de inconstitucionalidad contenido en los fundamentos acerca de la «norma interpuesta» podrá proyectarse en el fallo, con la consiguiente efectiva depuración del ordenamiento jurídico y la consiguiente preservación del principio de la certeza del derecho. Así lo deja entrever la Corte en la Sentencia nº 348 de 2007, cuando afirma que «En el supuesto de una norma interpuesta que resulte contraria a una norma constitucional, esta Corte tiene la obligación de declarar la falta de idoneidad de la misma para integrar el parámetro, proveyendo, con los mecanismos previstos en el ordenamiento [*nei modi rituali*], a su expulsión del ordenamiento jurídico» (*id.*). Mecanismo de actuación *nomofiláctica* del que sigue careciendo nuestro Tribunal Constitucional, también después de la última reforma de su Ley Orgánica, en razón de lo dispuesto en el art. 39.1 de la misma.

II.4. LA «PECULIAR» INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LEGALES CONTRARIAS AL CEDH DESDE LA PERSPECTIVA TEMPORAL.

Para concluir con esta Crónica y con las aportaciones constitucionales contenidas en las Sentencias números 348 y 349 de 2007, es interesante traer a colación el modo en que ha operado en el sistema de fuentes italiano la reforma constitucional de 2001 que modificó el art. 117 de la Constitución, como *ius superveniens* del que se ha derivado la inconstitucionalidad de disposiciones legales anteriores en el tiempo a la entrada en vigor del nuevo precepto constitucional. En primer término, la Corte ya había tenido ocasión de pronunciarse en sentencias anteriores sobre la constitucionalidad de los preceptos legales que son objeto de su enjuiciamiento en las Sentencia referidas (la primera vez, en la Sentencia nº 283 de 1993, y especialmente en la nº 148 de 1999).

Las peculiaridades que reviste el efecto de cosa juzgada de las sentencias de los altos tribunales cuando declaran la constitucionalidad de disposiciones legales explica la viabilidad de estos nuevos pronunciamientos de la Corte italiana sobre preceptos ya enjuiciados, más aún cuando el parámetro de la constitucionalidad de las leyes varía con el paso del tiempo. Además, esa variación tiene algunas particularidades en este caso, puesto que la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados no deriva propiamente de una nueva disciplina material incorporada a la Constitución, sino de una nueva apertura constitucional a disposiciones contenidas en otros textos normativos que pueden actuar, a partir de esa *remisión*, como parámetro de constitucionalidad con el contenido del que dispusieran desde su entrada en vigor.

En segundo término, la Corte efectúa en esas Sentencias una auténtica declaración de *inconstitucionalidad sobrevenida* de las disposiciones legales impugnadas, aunque no lo explicita así en los respectivos fallos. Y no tanto porque reclame para sí el enjuiciamiento de la compatibilidad entre la ley y el Convenio, excluyendo la competencia de los tribunales ordinarios para inaplicar la primera cuando contradiga al segundo, porque eso trae causa, de modo general, de la articulación entre ordenamientos que se deriva de la Constitución italiana según la Corte y que sitúa al Convenio en una posición distinta al ordenamiento comunitario.

Esa *inconstitucionalidad sobrevenida* se concreta en la eficacia que se deriva de las Sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por la Corte, esto es, en el despliegue de efectos *ex-tunc* («ilegitimidad constitucional») y no de efectos *ex-nunc* («derogación» operada por la ley constitucional —superior— posterior). Eficacia *ex-tunc* que opera en un doble impulso «retroactivo»: El primero, desde la fecha en que producen efectos las Sentencias (el de su publicación oficial) hasta la fecha en que entró en vigor la nueva disciplina constitucional del art. 117; efectos hacia el pasado que, aquí, no son aún incompatibles con un entendimiento de la relación entre disposición legal anterior y reforma constitucional posterior en términos de sucesión de normas en el tiempo —derogación—. El segundo, desde esa última fecha de entrada en

vigor de la reforma constitucional hasta el momento de entrada en vigor de las disposiciones legales impugnadas. Auténtica *inconstitucionalidad sobrevenida*, esta última, en la que se exige a las disposiciones legales más de lo que podían dar, esto es, su compatibilidad con las normas del Convenio que en el momento en que fueron dictadas aquellas no podían formar parte del marco de enjuiciamiento de su constitucionalidad.

Aunque, como puede intuirse, aquí asoma una peculiaridad de los supuestos en cuestión resueltos en estas Sentencias, puesto que las normas parámetro (el Convenio) sí que estaban en vigor en el ordenamiento italiano en el momento de dictarse los preceptos legales impugnados; pero no tenían la funcionalidad descrita, que sólo les es propia a partir de la Ley constitucional de 2001. Con toda probabilidad, esta peculiaridad ha coadyuvado para que la Corte constitucional haya intentado preservar la eficacia inmediata de sus Sentencias y la aplicación *retroactiva* de sus declaraciones de inconstitucionalidad, con la vista puesta fundamentalmente en los procesos judiciales pendientes de los que derivan las cuestiones de inconstitucionalidad que se resuelven en las dos decisiones, y en las decisiones previas del TEDH sobre la incompatibilidad de los preceptos legales italianos con el CEDH; y lo hace afirmando en los fundamentos de su primera Sentencia que «la norma *de qua* no podrá tener ya aplicación desde el día posterior a la publicación de la presente Sentencia» (Fundamento 6 de la Sentencia n° 348 de 2007).

Posición jurisdiccional esta última que es asumida, sin fisuras, por la Corte de Casación al resolver los procesos que dieron lugar al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, admitiendo la *retroactividad* de las Sentencias de la Corte constitucional: «La declaración de ilegitimidad constitucional... determina la cesación de la eficacia *erga omnes* con efecto retroactivo de la norma en relación con las situaciones y las relaciones a las que todavía sería de aplicación la propia norma» (Sentencia n° 26275 de la Sala de lo Civil de la Corte de Casación, de 14 de diciembre de 2007). Armonía y respeto entre la Corte constitucional y la de casación, asumiendo cada una de ellas sus respectivos roles institucionales, verdaderamente saludable para lograr la estabilidad jurisdiccional en un sistema como el italiano, donde la clase política pone en cuestión en exceso el Estado de Derecho.

* * *

ABSTRACT.— *The present article deals with the innovations contributed by the recent jurisprudence of the Constitutional Italian Court with regard to the «decree-laws» and to the constitutional functions of the European Convention on Human Rights in the proceedings of constitutional control of the laws.*