



Constitución y Tiempo

Constitution and Time

Fulvio PASTORE

Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

La función original del constitucionalismo ha sido proteger los derechos fundamentales frente al riesgo de un ejercicio ilegal de los poderes públicos. En la era post-globalizada no se puede ir más allá y proceder a la tutela de los derechos humanos fundamentales de la persona de forma horizontal (respecto a los privados) y en vertical (respecto a los poderes supra-nacionales). Nuestra constitución utiliza los términos "derechos fundamentales" que encarna una visión jus-naturalista y jus-positivista. Las características de la constitución republicana son la síntesis de un "compromiso constituyente" y de un "punto de equilibrio" entre la soberanía popular y la soberanía del pueblo. Las mismas disposiciones constitucionales encuentran su sustento en el proceso de integración europeo: las decisiones de la Corte Europea de Justicia ofrecen un catálogo de derechos civiles, económicos y sociales. Emergen así los derechos fundamentales también si el grado de tutela es menor con respecto a aquello asegurado a lo interno de los ordenamientos nacionales. Sin embargo, estamos ante el tiempo de los derechos: se va más allá de los dos modelos clásicos de derecho civil y derecho común, en tanto las cortes nacionales y la europea cumplen una función de producción normativa. El papel judicial es un papel activo, de tipo hermenéutico, que depende más que del protagonismo de los jueces, de la insuficiencia de las actividades llevadas a cabo por los órganos políticos.

Palabras clave: Constitución, tiempo, derechos, hermenéutica.

Abstract

The original function of constitutionalism has been to protect fundamental rights facing the risk of an illegal exercise of public powers. In the post-globalized era, one cannot go beyond this and proceed to protection of the fundamental human rights of the person in a horizontal manner (regarding those that are private) and vertically (regarding the supra-national powers). Our constitution utilizes the terms "fundamental rights" that incarnate a jus-naturalist and jus-positivist vision. The characteristics of the republican constitution are the synthesis of a constituent commitment and of a point of equilibrium between popular sovereignty and the sovereignty of the people. The same constitutional dispositions find their support in the European integration process: decisions of the European Court of Justice offer a catalog of civil, economic and social rights. Fundamental rights also emerge in this way if the degree of protection is less with regard to that which is assured within the national ordinances. Nevertheless, we are facing a time of rights: this goes beyond the two classic models of civil and common law, since both the national and European courts fulfill a function of normative production. The judicial role is an active role of the hermeneutic type that depends more on the insufficiency of the activities carried out by political organs than on the protagonism of judges.

Keywords: Constitution, time, rights, hermeneutics.

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 como esta doctrina funda sus propias raíces en períodos históricos mucho más precedentes. Ya en la antigüedad griega y romana, en efecto, se pueden encontrar algunas instituciones 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 totalitarismo¹.

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 con respecto al riesgo de un ejercicio ilegítimo de los poderes públicos.

Sin embargo, en el 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 privados y, aunque sea en línea sólo teórica, la de una protección vertical frente a los poderes de tipo supranacional².

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 herméutica y aplicativa, capaz de hacer frente a los problemas epocales que son planteados por las sociedades post-industriales, es la del constitucionalismo de múltiples niveles.

Del resto, precisamente, de las cuestiones relacionadas con los temas de la protección de los derechos fundamentales de la persona, resalta 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 útilmente sus argumentos, influenciándose y condicionándose recíprocamente.

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

- 1 Se refiere a las elaboraciones teóricas que se encuentran en Mc ILWAIN, CH (1990), *COSTITUZIONALISMO ANTICO E MODERNO*, IL MULINO, BOLOGNA, 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.
- 2 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 STAIANO, S (Ed) (2006). *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, actos del convenio anual de la asociación de los constitucionalistas "Grupo de Pisa" (Capri, 3 y 4 de junio 2005), Giappichelli, Turin.

LA FASE CONSTITUYENTE Y LOS CARÁCTERES 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 «convencionalidad», es decir, el 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 políticos³.

Se ha hablado en este sentido también de «método de pactos», 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 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 se realizó 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 dismilitivo, 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 mejor resultado 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 acogieron disposiciones de múltiples sentidos, como, por ejemplo, el artículo 2º, donde por 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 aún, 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, el texto del art. 41 de la Constitución en torno a la iniciativa económica privada, uno de los puntos más álgidos del conflicto político de entonces: el primer párrafo es de estampa 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 en contraste con la utilidad social o en forma de causar 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

3 Los informes de los trabajos de la Asamblea Constituyente, hoy disponibles también en el sitio oficial del Parlamento italiano, son agrupados en la publicación *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cargo del Secretario General de la Cámara de Diputados, Roma, 1971.

controles adecuados porque la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a fines sociales»).

En otros casos, luego, se prefiere utilizar expresiones lingüísticas muy genéricas o se evita simplemente regular algunas relaciones jurídicas encomendando la relativa tarea al legislador.

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 cuanto a otros asuntos- sabiendo que cada disposición hubiera asumido un significado normativo autónomo a la luz de las otras normativas constitucionales, según un criterio de tipo lógico-sistemático.

La formulación del artículo 7º de la Constitución representa más que todo, un acto de realismo político y de conciencia histórica de la clase dirigente comunista, socialista y liberal del tiempo, y no un acto de concesión del factor cristiano demócrata⁴.

En particular, comunistas y socialistas sabían que, si querían esperar para 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 herméuticos⁵.

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 contrapone 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.

- 4 Sobre la contribución del factor cristiano democrático, véase en particular SCUDIERO, M (2002). "L'apporto dei giuristi cattolici nella fase costituyente dell'Italia repubblicana", *Sviluppoeconomico*, enero-agosto, vol. VI, pp. 57-66.
- 5 En el tema de la interpretación jurídica, con especial referencia a las disposiciones constitucionales y legales, véase: *ex plurimis*: BETTI, E (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán; BARTOLE, S (2004). *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Boloña; CRISAFULLI, V (1964). "Disposizione (e norma)", in: *Enc. dir.*, XIII, Milán; DWORKIN, R (1977). *Taking rights seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Boloña 1982; DOGLIANI, M (1982). *Interpretazioni della Costituzione*, Milán; DOGLIANI, M (1997). "Diritto costituzionale e scrittura", *Ars Interpretandi*, 2, pp. 103-136; ESSER, J (1972). *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*, editado por S. Patti y G. Zaccaria, Nápoles 1983; FARIAS, D (1981). *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milán; GADAMER, HG (1977). "Ermeneutica", in: *Enciclopedia del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma; GUASTINI, R (1996). "Specificità dell'interpretazione costituzionale", *Analisi e Diritto*; KELSEN, H (1960). *Reine Rechtslehre*, Wien, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino 1961; KELSEN, H (1928). "Le garantíe giurisdiccionelle de la Constitution", *Rev. Dr. Publ. Et sc. Pol.*, pp. 197ss.; MENGONI, L (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán; MERKL, A (1931). "Prolegomena einer Theorie des Rechtlichen Stufenbaues" (1931), trad. it. "Prolegomeni a una teoria della costruzione a gradi del diritto", in: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milán 1987; MODUGNO, F (2005). "Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori", in: www.costituzionalismo.it, n.º 186, 8 Luglio; MODUGNO, F (2009). *Interpretazione giuridica*, Padua; PETTA, L (1977). "Schmitt, Kelsen e il Custode della Costituzione", *Storiae politica*, pp. 506ss.; SCHMITT, C (1931). *Il custode della Costituzione*, trad. it. Editado por A. Caracciolo, Milán 1981; SILVESTRI, G (1989). "Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso", *Quad. cost.*; TARELLO, G (1980). *L'interpretazione della legge*, Milán; VIOLA, F & ZACCARIA, G (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari; VIOLA, F (1997). "Intenzione e discorso giuridico: un confronto tra la pragmatica e l'ermeneutica", *Ars Interpretandi*, 2; ZACCARIA, G (1996). *Questioni di interpretazione*, Padua.

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 contemporáneas dificultades 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», y por eso, 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, de manera de tener suficientemente en cuenta, en el desempeño de la actividad hermenéutica, las nuevas circunstancias sociales, económicas, científicas, tecnológicas, culturales, además de las políticas.

Por consiguiente, la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales representa también el resultado natural del criterio lógico-sistemático: criterio principal de 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 –la convencionalidad, rigidez, elasticidad– han permitido a la Constitución de la 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 los decenios pasados.

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 ejercicio de adaptación de la Constitución en clave evolutiva⁶.

6 Entre las innumerables publicaciones sobre la reelevancia interna del derecho comunitario, con particular referencia a la jurisprudencia constitucional italiana, véase: AA.VV (2008) *Diritto Comunitario e diritto interno*, Actas del seminario celebrado en Roma Palazzo della consulta, 20 de abril de 2007, Milán; AA.VV (1991). *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*. Actas del seminario celebrado en Roma, Palazzo della Consulta 15-16 ottobre de 1990, Milán; AMOROSO, G (1996). "La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995, in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta" fase?", *Foro it.*, V; BARONE, A (1996). "Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi", *Foro it.*, pp. 783-794; CARTABIA, M (1995). *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán; CELOTTO, A (2000). "Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi", in: AA.VV (2000). *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Nápoles, pp. 437; DONATI, F (1995). *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*,

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

Una Constitución “equilibrada”⁷, típica de una “democracia crítica”⁸, se basa sobre 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 de la necesidad de imponer límites a la soberanía del pueblo⁹.

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 disciplina relativa al procedimiento de revisión de la Constitución demuestra, en cambio, la investigación, en la definición del mismo, de 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* eventual 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 a tal punto de entregar en las mismas un poder de veto en condiciones de determinar una “fossilización” del sistema constitucional¹⁰.

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, sea 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 parlamen-

Milán; MASTROIANNI, R (2008). “Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale”, in: *Diritto comunitario e diritto interno*. Actas del seminario celebrado en Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milán.

7 La expresión es tratada por FIORAVANTI, M (2004). *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Boloña, El Molino, p. VIII. Allí se define como 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”.

8 Es la expresión en el sentido indicado en ZAGREBELSKY, G (1995). *Il crucifige e la democrazia*, Einaudi, Turín.

9 Sobre este punto particularmente interesante son las reflexiones de Norberto Bobbio. Cfr. BOBBIO, N (1981). “La regola della maggioranza: limiti ed aporie”, in: BOBBIO, N; OFFE, C & LOMBARDINI, S (1981). *Democrazia, maggioranze e minoranze*, Boloña, p. 33ss.; BOBBIO, N (1984). *Il futuro della democrazia*, Turín; BOBBIO, N & VIROLI, M (2001). *Dialogo intorno alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari.

10 Sobre el tema véase STAIANO, S (2005b). “La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale”, in: www.federalismi.it, n° 7.

tarias, 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 con una lógica reformadora basado en la búsqueda de un consenso amplio, con una lógica reformadora basada en las revisiones por golpes de la mayoría.

Por otros cincuenta años (desde 1948 al 2001) -período no perfectamente correspondiente con la fase “consociativa” de la forma de gobierno parlamentaria italiana, convencionalmente 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* constitucional¹¹.

La primera propuesta de Ley constitucional aprobada por la mayoría, en la finalización de la XIII legislatura, es la reforma del Título Vº de la IIª 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 n.º 3 del 2001¹².

Este resultado se produjo, sin embargo, tras el fracaso de dos intentos de reforma de la parte organizativa de la Constitución, realizados según procedimientos de formación especiales introducidos con base a la convicción 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 constitucionales¹³.

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

- 11 Hasta 1970, las leyes constitucionales fueron aprobadas en la 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.º 352 de 1970. Tras el 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 al momento de la votación final; desacuerdo de pequeñas componentes de la mayoría parlamentaria en el contenido de la propuesta de ley constitucional. Sin embargo, también en esas raras ocasiones, el funcionamiento convencional del procedimiento de revisión constitucional parece confirmado por omisión de la petición del *referéndum* constitucional por parte de los agentes autorizados (entre los cuales un quinto de los componentes cada cámara). Los sucesos aquí resumidos son más analíticamente y orgánicamente reconstruidas en STAIANO, S (2005b). *Art. cit.*
- 12 El *referéndum* constitucional, que en términos técnico-jurídicos podrá ser calificado de tipo aprobatorio, 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.
- 13 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. 138º de la Constitución.

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 preservar¹⁴.

Excepciones al procedimiento de revisión del artículo 138 de la Constitución estaban, entonces, previstos en la misma Carta constitucional y en las leyes constitucionales, aunque sea con fines particulares y con ámbitos de competencia restringidos: el art. 132º, 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. 7º 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 nº. 2 del 2001 prevé que las leyes constitucionales aprobatorias 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 nº. 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. 123º de la Constitución como contenido “mínimo” de los estatutos regionales, el estatuto especial pudiera ser modificado con el procedimiento de formación de los estatutos ordinarios.

La referencia a los dos intentos de reforma de la parte organizativa de la Constitución realizados con procedimientos especiales y ambos fracasados estaba dirigido claramente a la ley constitucional nº. 1 de 1993, que establece la Comisión bicameral para las reformas institucionales de Mita–Iotti, así como a la Ley constitucional nº.1 Del 1997, aprobadas respectivamente en las regiones XI y en XIII legislatura¹⁵.

En efecto, mientras que el primer intento fracasó a causa de la realización abreviada de la legislatura, el segundo fue abandonado durante la primera lectura ante la Cámara de diputados del proyecto elaborado por la Comisión bicameral, en 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, entonces, está comprometida con 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, fue seguida también en la siguiente legislatura, esta vez a causa del centro-decha, con la aprobación de la mayoría absoluta de los grupos políticos, en la segunda deliberación

14 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 confluyentes. Este punto véase en STAIANO, S (2005b). *Art. cit.*

15 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 en: la obligatoriedad del *referéndum* constitucional y la irrelevancia, por tanto, de alcanzar menos del *quórum* de dos tercios de los componentes en la segunda deliberación de cada 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.

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 tal que el debate sobre las reformas constitucionales, intensamente iniciado 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 instalación —ue han sustancialmente inaugurado la XVI legislatura— han afirmado la necesidad de iniciar una temporada “constituyente”. En el mejor de los casos, se hubiera 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 irrumpiera 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, también a comienzo de la legislatura, así como a causa de factores exógenos como la crisis financiera internacional que había afectado a nuestro país, ha transcurrido sin que se llegase a cambios importantes de la Constitución.

La Constitución de 1947, la más veces revisada e implementada por el legislador, parece en su versión final y en sus valores de fondo, aún viable y actual, gracias sobre todo a la valiosa obra del Tribunal constitucional y de los jueces comunes. Esta consideración, entonces, no entra en absoluto en contradicción con la afirmación de la oportunidad de realizar las revisiones puntuales, pero significativas, de la 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 *quórum*¹⁶ de la mayoría absoluta para la aportación y para la remoción de la confianza, introduciendo la desconfianza constructiva y previendo expresamente el poder del Primer Ministro de pedir al Jefe del Estado la remoción de los ministros¹⁷.

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 las más recientes catálogos internacionales y europeos sobre los derechos humanos, de manera de considerar 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.

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

17 Sobre el tema me permito citar en este punto a PASTORE, F (2012). *Evoluzione della forma di governo parlamentare e ruolo del capo dello Stato*, Giappichelli, Turin, reimpresión.

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 itinerarios hermenéuticos), consecuencia del carácter “convencional” o “pactos” 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, convencionalidad, 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 mantener un elevado grado de positividad (entendida como correspondencia al sentir social y las necesidades de la colectividad); al mismo tiempo, han concedido una amplia 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, que en gran parte de las disposiciones se mantiene formalmente inalterada, ha sido muy cambiada en 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 en consecuencia más de los comportamientos políticos de los partidos mayores que 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 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 escrita¹⁸.

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, por dejar de lado) se debe más a la necesidad de legitimación histórica de una clase política autosuficiente y ya casi del todo ajena al llamado marco 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 a fin de preservar, en ausencia de la cual se corre el riesgo, en el mejor de los casos, de una reforma inútil o inoperante; en el peor, una sucesiva perversión de los valores constitucionales fundamentales¹⁹.

18 La relevancia del sistema partidista con referencia al funcionamiento de la forma de gobierno parlamentario fue bien señalada desde hace tiempo en los estudios de Duverger en Francia y de Elia en Italia. Véase DUVERGER, M (Ed.) (1955). *Partis politiques et classes sociales en France*, Paris; DUVERGER, M (1958a). *Demain, la République*, Paris; DUVERGER, M (1958b). *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3ª ed., Paris; DUVERGER, M (1983). “La nozione di regime “semipresidenziale” e l’esperienza francese”, *Quad. cost.*, n.º 2, p. 259ss.; ELIA, L (1957). “Appunti sulla formazione del Governo”, *Giur. cost.*, p. 1170ss.; ELIA, L (1966). “Primo ministro (diritto comparato)”, *Noviss. dig. it.*, XIII, p. 863ss.; ELIA, L (1968). “Fiducia parlamentare”, *Enc. dir.*, XVII, p. 398ss.; ELIA, L (1970). “Governo (forme di)”, *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milán, p. 634ss.; ELIA, L (2000). “Rappresentanza politica, partiti, Parlamento”, en el ámbito del convenio del A.I.C., celebrado en Florencia durante los días 12, 13 y 14 octubre, acerca del tema *Il Parlamento*.

19 Plenamente comparibles, a este respecto, parecen los temores expresados en FIORAVANTI, M (2004). *Op. cit.*

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, por fin, haberse situada, 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) para superar el bicameralismo perfecto mediante la creación de una cámara con las autonomías territoriales, sustitutiva del actual Senado, con competencias diferenciadas con respecto a la Cámara de Diputados que seguiría 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 haciendo más claras las respectivas funciones y responsabilidades.

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 aún en duda. No obstante -aunque en presencia de alguna peregrinidad frente a algunas de las soluciones técnicas discutibles- no se puede dejar menos de apreciar, con respecto a los anteriores intentos y a las anteriores revisiones que se ha hecho alusión, la búsqueda de un consenso que llegará más allá de los límites de la mayoría de gobierno, así como la elección 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 y más puntuales intervenciones de revisión.

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 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 más exclusivamente económicos, sino también sociales y políticos. En el neonato ordenamiento ha adquirido relevancia central el tema de las libertades personales²⁰.

La Corte ha reconstruido, 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 de vez en vez se han presentado bajo 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 para las libertades en el ámbito económico. Y, el principio pluralista había adquirido su consistencia

20 Sobre el tema véase PAGANO, E (1996a). "I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht", *Diritto Un. Eur.*, p.163.

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 sociales²¹.

De tal modo que hoy es posible afirmar que “si existe una tradición constitucional común de los Estados de la Unión, como se evidencia de numerosas 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. 3º del Tratado C.E.”²².

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 cabo²³.

La Corte, haciendo surgir en vías jurisprudencial los derechos fundamentales y el ordenamiento comunitario, ha anticipado y estimulado las determinaciones de 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.

- 21 La contribución aportada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la formación de los derechos fundamentales a nivel europeo evidenciada en PAGANO, E (1996b). “Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia”, in: *Dirittopubblicocomparatoeuropeo*, I, 2001, p. 177. Sobre el tema cfr., así mismo, TONIATTI, R (2001). “La via giurisdizionale per la legittimazione dell’Unione europea”, in: *Dirittopubblicocomparatoeuropeo*, I, p. 186.
- 22 CUOCOLO, F (2000). “L’Europa del mercato e l’Europa dei diritti”, *Giur. cost.*, enero-febrero, p. 587.
- 23 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, Ruckdeschel, Rec., 1753).

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, en cuanto habría reconocido un primario interés de las posiciones jurídicas subjetivas, sólo porque las mismas se incluían en la estructura y en los objetivos de la Comunidad, de hecho disminuyendo su alcance²⁴.

Se están, además, verificando 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 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 6º y 7º del Tratado de Maastricht, como modificado por el Tratado de Amsterdam.

Como es sabido, el art. 6º del Tratado constitutivo, afirma que la Unión respeta los derechos fundamentales, garantizados por la Convención Europea 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 comunitario²⁵.

El art. 7º 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. 6º del Tratado fundacional de la Unión²⁶.

El art. 46º, 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; reconocer, así, expresamente el papel ya desde hace tiempo desempeñado por el Tribunal.

El Tratado de la Unión, además, ha elaborado referencias a los derechos humanos fundamentales, también en la disciplina de algunos sectores. De conformidad con el art. 11º, quinto guión, 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 Refugiados²⁷.

24 Véase DAUSES, MA (1984). “La protection des droits branche dans l'ordre juridique communautaire”, *Rev. Mic. Dr. EUR.*, p. 413.

25 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.

26 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 la revista *Dirittopubblicocomparatoedeuropeo*, 2000, I, p.182 e ss.

27 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.

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

Especialmente significativo, a los fines del anuncio del principio pluralista del ordenamiento comunitario, el art. 13º 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 a los márgenes de la Conferencia Intergubernamental de Niza²⁸ 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 las cuales la religiosa), tanto los derechos sociales, como los llamados nuevos derechos.

En cuanto a las técnicas de redacción utilizadas, suscita perplejidades la elección de escogencia de los derechos fundamentales, sin fijar reservas de ley y de jurisdicción y sin intentar ni siquiera de esbozar el sistema de límites a los cuales cada derecho debe atenerse²⁹.

No se trata de un aspecto secundario, si 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 Euro-

28 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 de recoger "i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione" con el fin de hacerlos "más manifiestos". La fórmula utilizada en las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia parece correcta, por el momento, puesto que los derechos fundamentales de la Unión Europea ya se había producido 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. El 2 de octubre 2000 la Convención ha sacado 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 al margen de la conferencia intergubernamental que ha producido 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 bajo la dirección de R. Adam en la Revista *Il diritto dell'Unione europea*, n° 4 del 2000, donde se publicaron los documentos más significativos de los trabajos preparatorios así como el texto de la Carta. El expediente está precedido por una interesante introducción reconstructora del Alcalde, véase ADAM, R (2000). "Introduzione", in: ADAM, R (2000). "Dossier. Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", in: *Il diritto dell'Unione europea*, n° 4, 2000.

29 Sobre el punto véase DE SIERVO, U (2001). *Op. cit.*

pea - es el Tratado internacional, firmado el 13 de Diciembre del 2007 que ha aportado amplias modificaciones al Tratado sobre la Unión Europea y al Tratado que instituye la Comunidad Europea. Con respecto al Tratado anterior, el de Amsterdam, suprimirá los “pilares”, velará por el reparto de competencias entre la Unión Europea y Estados miembros, y se refuerza el principio democrático y de 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 1º 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 comunes y de las autoridades administrativas, en particular las independientes.

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 de los cuales las mismas autoridades operan.

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 considerar que este *déficit* se colme o cuando menos se atenua por la consideración 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 la doctrina, entre posiciones “funcionalistas” y de posiciones por “adoptar” en torno al 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 comunes y a las autoridades administrativas competentes, llamándoles a desempeñar, en el marco examinado, un papel aún más decisivo.