

DIÁLOGO ENTRE CORTES

A jurisprudência nacional e internacional como
fator de aproximação de ordens jurídicas em
um mundo cosmopolita

DIÁLOGO ENTRE CORTES

A jurisprudência nacional e internacional como
fator de aproximação de ordens jurídicas em um
mundo cosmopolita

Coordenadores

Luca Mezzetti
Luiz Guilherme Arcaro Conci



Brasília
2015

© Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal, 2015
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília - DF
CEP: 70070-939

Distribuição: Gerência de Relações Externas/Biblioteca Arx Tourinho
Fones: (61) 2193-9606 e 2193-9663
Fax: (61) 2193-9632
e-mail: biblioteca@oab.org.br

Tiragem: 300 exemplares
Capa: Susele Bezerra de Miranda

FICHA CATALOGRÁFICA

Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional
como fator de aproximação de ordens jurídicas em um
mundo cosmopolita / Coordenadores: Luca Mezzetti, Luiz
Guilherme Arcaro Conci. –Brasília: OAB, Conselho Federal,
2015.
532 p.

ISBN 978-85-7966-032-0

1. Tribunal internacional. 2. Corte de justiça. 3. Direito internacional.
I. Mezzetti, Luca. II. Conci, Luiz Guilherme Arcaro. III. Título.

Suzana Dias da Silva CRB-1/1964

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
----------------	---

ALEMANHA

The “Open Constitutional State”: Germany’s Response to International and European Legal Pluralism

Alessandra Di Martino	11
-----------------------------	----

ARGENTINA

El diálogo inter-jurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales

Jorge Alejandro Amaya.....	63
----------------------------	----

BRASIL

Direitos Humanos e Diálogo Entre Jurisdições

Flávia Piovesan.....	83
----------------------	----

Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Luiz Guilherme Arcaro Conci.....	117
----------------------------------	-----

CHILE

El diálogo judicial multinivel / The Multilevel Judicial Dialogue

Gonzalo Aguilar Cavallo	149
-------------------------------	-----

El uso del Derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile entre 2006-2010 / Use of foreign Law and jurisprudence by the Chilean Constitutional Court: 2006-2010

Liliana Galdámez Zelada 195

COLÔMBIA

El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva

Paola Andrea Acosta Alvarado 253

ESPAÑA

International Treaties In Spanish Law

Pedro Julio Tenorio Sanchez 287

FRANÇA

Dialogue in the making: The relationship between EU law, the ECHR and French constitutional law

Laurence Burgorgue-Larsen

Véronique Bruck 331

ITÁLIA

Primacy of supranational law and supremacy of the Constitution in the Italian legal system

Luca Mezzetti

Francesca Polacchini 375

PARAGUAI

Paraguay: diálogo entre Tribunales Nacionales e Internacionales

Jorge Silvero Salgueiro 453

PORTUGAL

International Constitutional Law: The Case of Portugal

Sofia Oliveira Pais

Pedro Braga de Carvalho 471

REINO UNIDO

The Domestic Law of the United Kingdom and International and European
Law: An Ever More Tense Relationship

Justin O.Frosini 501

PREFÁCIO

O contato entre as ordens e famílias jurídicas tem se tornado cada vez mais constante conforme se segue o processo de aproximação e avanço da globalização econômica, cultural, social e política.

Trata-se de um movimento que afeta as mais diversas áreas do conhecimento e que corresponde a promover um mundo mais cosmopolita.

As instituições estatais não poderiam deixar de também ser afetadas por esse processo, pois os problemas que enfrentam cada vez menos se limitam aos seus limites territoriais. É o que ocorre, atualmente, com os tribunais, que não se eximem de apontar os seus esforços nesse sentido, tendo em vista que, apesar de toda uma cultura jurídica sedimentada em bases nacionais que carrega com tanto vigor as teorias jurídicas tradicionais, percebe-se que há grande identidade entre os procedimentos e questões de fundo que são por essas instituições decididas.

Em um mundo plano, no qual os problemas se repetem nos mais variados espaços judiciais dos mais diversos países, o diálogo entre juízes, que se observam reciprocamente e que dialogam a partir de suas decisões, - seja para apontar semelhanças ou dessemelhanças, para concordar ou discordar -, funciona como um campo aberto de reflexão para uma instituição, a judicial, que é tida como uma das mais cerradas ou que menos se abre para uma sociedade aberta, na qual a comunicação encontra canais livres para a circulação da informação nunca antes vistos.

Nosso intento, com a presente obra, é mostrar como os tribunais analisam e se colocam perante tal realidade aberta; como esse diálogo altera o trabalho de magistrados e demais operadores do direito, que precisam conhecer e instrumentalizar um diálogo entre as mais diversas fontes jurídicas. A jurisprudência, como uma delas, funciona como a aumentar a miríade de argumentos levados a juízo como forma de melhora do processo de argumentação jurídica e legitimação das decisões tomadas.

O tema é tão candente que, nos últimos anos, raros são os momentos e eventos acadêmicos, seja na Europa, seja na América Latina, em que o tema não está tratado centralmente.

A presente obra coletiva, que temos a honra de coordenar, apresenta contribuições de renomados investigadores e professores do continente americano e europeu e mostra que a questão sobressai como uma das mais pujantes atualmente, a aproximar ramos diversos do direito, como o constitucional, o internacional e o comparado.

Esperamos que o leitor se contente com a análise feita pelos diversos participantes.

Luca Mezzetti

*Professor Titular (Ordinário) de Direito Constitucional na
Universidade de Bolonha*

*Professor de Direito Público na Universidade “L. Bocconi” de
Milão*

Luiz Guilherme Arcaro Conci

*Professor da Faculdade de Direito e Coordenador do Curso de
Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo*

*Professor do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu
(Mestrado e Doutorado) da Universidade Católica de Santos –
Unisantos*

*Professor Titular de Ciência Política e Teoria do Estado da
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Autarquia
Municipal*

The “Open Constitutional State”:

Germany’s Response to International and European Legal Pluralism

Alessandra Di Martino

I. The relationship of German law with international and supranational law

1. The “openness” of the German Basic Law

One of the main features of the German Basic Law (BL) is believed to be its “openness” towards international and supranational legal orders. From the first years of the new Republic, the metaphor of the “open (constitutional) state” (Vogel 1964, Tomuschat 1992, Hobe 1998, Sommermann 2008; Kotzur 2009; Giegerich (ed.) 2010) has replaced both that of the autarchic “closed commercial state” (Fichte 1800) and that of the “impenetrable and exclusive territory” (Fricker 1867), the latter an outgrowth of the *Staatsrechtslehre*’s conception of sovereignty in the nineteenth century. A concept close to the BL’s “openness” is expressed by the formula of the “cooperative constitutional state” (Häberle 1978) outlining the parallel development and mutual interdependence between the constitutional state and international cooperation, and by the principle of *Völkerrechtsfreundlichkeit* (literally: “international law friendliness” or, more commonly, “openness to international law”; Payandeh 2009; for a strong version of this principle, see Bleckmann 1979 and 1996).

The “open constitutional state” is not merely a descriptive category, but a normative one, anchored in specific constitutional

provisions: art. 24 (and now also art. 23), 25, 26, 59 sec. 2 and 1 sec. 2 BL. Before examining these provisions more narrowly, however, it is important to recall the reasons that prompted the *Herrenchiemsee* Convention and the Parliamentary Council to include them in the BL. On the one hand, in the aftermath of World War II, the German framers shared with other European (French and Italian) constitution makers a more sensitive attitude toward the international developments in those years. On the other hand, a major role was played by specific German historical grounds.

First, since Germany unconditionally surrendered after the War, international law was seen as the only means to check the power of the occupying allies. Second, since self-determination of peoples and equal sovereignty of states figured amongst the basic principles of international law, the latter could endow with greater legitimacy Germany's striving for reunification and full statehood. Third, in the Cold War era, it was widely believed that the Federal Republic of Germany (FRG) could have a real chance of defending itself and recovering its economy only within an international collective security system and a supranational European area (Rensmann 2010, 40-43; Schorkopf 2007, 26-32, 65-68).

Following the "development of textual levels" approach (Häberle 1989), it is possible to single out in the BL several overlapping layers of norms dealing with the relationship between domestic, international and supranational law, whose legal matrix may be traced back to different epochs.

Art. 59 sec. 2 BL, which concerns international treaty law, belongs to the first layer. This norm provides that "treaties that regulate the political relations of the Federation or relate to subjects of federal legislation shall require the consent or participation, in the form of a federal law, of the bodies responsible in such a case for the enactment of federal law." This *Zustimmungsgesetz* (consent act) has a double meaning: on the one side, it authorizes the ratification of the international treaty, on the other it gives the treaty's content validity in domestic law. Initially, the

dogmatic nature of the consent act was vigorously disputed, the *Transformationstheorie* (transformation theory) and the *Vollzugstheorie* (execution theory) being the two main alternatives (Rudolf 1967, 150 ff.; Geiger, 2010, 155-157).

According to the former, the consent act ushers the content of international law into domestic law: since international norms maintain a different source of validity from domestic ones, if the consent act is lacking they cannot have any effect in the domestic domain. It may be easily understood that such a theory is based on the strict dualist model of the relationship between international and domestic law, as it was developed by legal positivism at the end of the nineteenth century (Triepel 1899). In the years immediately after the publication of Triepel's work, his way of conceiving treaty law was widely followed, influencing the attitude of the judicial power towards international norms and the distribution of competences in foreign policy matters.

The execution theory, on the other hand, is closer to the monist model: according to its view, the consent act transmits to internal organs the command to apply international norms as they are in force in the international legal order. A small preference for this theory could be drawn from the structure of the consent act, which does not reproduce the whole content of the international treaty but simply includes it as an attachment, and by the case law of the German Federal Constitutional Court (GFCC), which often refers to the *Rechtsanwendungsbefehl* (execution order) in the consent act. In practise, however, the opposition between the two theories has lost much of its spiritedness, and in constitutional scholarship the middle-ground thesis of a temperate dualism model has seen greater success (Rudolf 1967, 141ff., 167 ff. but also Schorkopf 2007, 237 ff.; for recent blending of the opposition in the light of pluralist theories see below).

Another significant profile of art. 59 sec. 2 BL regards the direct applicability of international treaty norms: according to a widespread scheme, treaty norms are "self-executing" when they require no executing

act: in this case, they may be directly applied by internal judges and law-enforcement bodies. A subgroup of self-executing norms consists of norms establishing specific rights and duties for their subjects, such as those included in human rights conventions. Contrary to legal practise in the United States, where the doctrine of self-executing norms was born, in Germany evaluation of direct applicability follows assessment of the overall validity of the treaty's norm production in the domestic realm (Geiger 2010, 142).

The second layer of norms concerning the "open constitutional state" is mainly constituted by art. 25 BL, which states that "the general rules of international law shall be an integral part of federal law" (sent. 1). This is not an entirely new provision, since a similar one had already been included in the constitution of Weimar (WeiC). Indeed, for the first time in German legal history, art. 4 WeiC incorporated general international law (i.e., international custom) into German law. Not unsurprisingly, art. 4 WeiC assumed a monist model of the relationship between domestic and international law: its drafting reflected the universalist legal conception and scepticism towards exclusive state sovereignty held by Hugo Preuß, the most influential of the Weimar constitution's framers. Art. 4 WeiC was also affected by the universalist theories of the Austrian philosopher, international lawyer and diplomat Alfred Verdross, a keen observer of Weimar's constitution-making process whose views were quoted by the Parliamentary constitutional committee (Rensmann 2010, 44-45; Schorkopf 2007, 35-37, 40-46; Simma 1994, 41-2). Remarkably, when Preuß had to defend his thesis in the National Assembly, he referred to the Anglo-Saxon countries and especially to art. VI sec. 2 of the American constitution (US Const.), which establishes that treaties are "part of the law of the land." Rather than the positivist trend prevailing in the US at the beginning of the twentieth century, Preuß recalled the eighteenth century Blackstonian legal conception according to which international law was as an expression of natural law and of the principles of reason. This was no accident, since Blackstone's legal approach was very close to the one Preuß had been developing over the years, which also partially justifies

the faulty reference to art. VI sec. 2 US Const. dealing with treaties and not with custom.

Compared to art. 4 WeiC, art. 25 BL eliminates any reference to the “recognition” of general international law, thus making it clear that its incorporation into domestic law has to follow automatically and requires no transforming act. Art. 25 BL also specifies the rank of general international norms, which “shall take precedence over the laws.” Although the related amendment in the National Assembly was meant to give customary international law precedence even over constitutional law (Rensmann 2010, 45-50; Schorkopf 2007, 53 ff.), and even if some scholars have pleaded for custom’s constitutional rank (Bleckmann 1979, 313 and 1996, 137-138), later developments in theory and practise have adopted a systematic interpretation of this norm, placing general international law between the Basic Law and ordinary law (Geiger 2010, 151-152).

Over many decades, the application of art. 25 BL has not been very significant, being confined to a few decisions on state immunity. A certain evolution took place starting in the late 1970s, as the focus of jurisprudence had switched from the formal perspective of the sources of law to the material one of the content of international general norms, with special attention to general legal principles. In this context, the GFCC started making reference to a “minimum standard of human rights protection” and to the “non-derogatory international law,” i.e. to *ius cogens* (judgments of 13.12.1977, BVerfGE 46, 342; of 16.12.1980, BVerfGE 55, 349; of 25.3.1981, BVerfGE 57, 9; of 9.3.1983, BVerfGE 63, 332: see Schorkopf 2007, 168-170). More recently, the GFCC has held that the violation of general international law and *ius cogens* may be complained of via a direct application, by alleging the infringement of the subsidiary freedom of action clause under art. 2 sec. 1 BL (decision of 26.10.2004: BVerfG 112, 1 – *Land Reform* III, holding that the property right is not included in the *ius cogens*).

The third and fourth layers tied to the “open constitutional state” are the more recent ones. As for the third layer, art. 24 BL for the first time

addresses the issue of international cooperation, authorizing and promoting Germany's participation in international organizations. Similar norms had been adopted by the preamble to the French constitution (1946) and by art. 11 of the Italian constitution (1947); both constitutions were well known to the German constitutional representatives because of the translations provided by the American administration (Rensmann 2010, 50-55). Pursuant to art. 24 sec. 1 BL, "the Federation may by a law transfer sovereign powers to international organizations." For a long time, this norm has represented the *Integrationshebel* ("integration-lever") for the FRG's participation in the process of European integration. Since the 1993 constitutional reform, which radically amended art. 23 BL, this leveraging role has been played by art. 23 (see pt. III.1). Supranational organizations under art. 24 BL are characterized by the so-called *Durchgriffswirkung*, i.e. the ability of their acts to penetrate the sovereignty of the Member States and directly produce rights and duties in the subjects' legal spheres. As the GFCC has pointed out, "*art. 24 does not properly allow a transfer of sovereign powers, but opens the national legal order ... in such a way that the exclusive claim of the FRG to rule within the scope of validity of the Basic Law is restrained and space is left ... for the immediate validity and application of the law [produced] by another source*" (judgment of 29.5.1974, BVerfGE, 37, 271 – *Solange I*). Hence, the possible conflicts of European law with domestic law and, most importantly, with national constitutional rights and principles (see pt. II.2).

It was clear early on that such conferrals of sovereign powers to supranational organizations would have provoked longstanding modifications to the constitutional distribution of powers. Art. 24 BL allowed such modifications to be brought into effect by a simple statute and not by constitutional amendment (the enacting of a constitutional amendment in specific circumstances was later to be required by the new art. 23 BL: see pt. III.1). In the background, a comprehensive legal debate on the nature of the European integration process had been set in motion, its first stage being the functionalist theory of the *Zweckverband* (Ipsen 1972, 196 ff.). Later on, as the integration process became both deeper and

broader, federalist theses gradually gained more consensus, even though they had to confront the equally powerful – if only because adopted by the GFCC – statist and intergovernmental approach (see pt. III.2).

As signals of the “open constitutional state,” the remaining sections of art. 24 BL are no less important. Sec. 2 directs the FRG’s participation toward a “a system of mutual collective security”: in this regard, limitations upon sovereign powers are allowed, inasmuch as they “will bring about and secure a lasting peace in Europe and among the nations of the world.” Sec. 3 shows the clear influence of a universalist, rather “Kelsenian”, approach, establishing that Germany “shall accede to agreements providing for general, comprehensive, and compulsory international arbitration.” Even before this norm was entirely put into effect, with the setting up of the International Criminal Court in 1998 (see art. 16 sec. 2 sent. 2 BL), it implied that the FRG had to accept the jurisdiction and respect the decisions of special international and regional Courts (Bleckman 1979, 311 and 1996, 144-145).

The fourth layer of norms related to the “open constitutional state” is represented by art. 1 sec. 2 BL, according to which “the German people ... acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world” (see also the peace imperative of art. 26 BL). Strangely enough, it was not until recently that constitutional scholars began to refer to the commitment to universal human rights as a key element of the “openness” of the German legal order (Rensmann 2007, 208 ff.; Herdegen 2004, paragraphs 1 ff., 39 ff., 47 ff. but see, in a more limited way, Bleckmann 1979, 310-311 and 1996, 144). Both sec. 2 and sec. 1 of art. 1 BL – the latter dealing with the principle of human dignity – can be seen as a reaction to the aberrations of the national *Machtstaat* and to the massive racial discriminations of the totalitarian regime. Seen in this light, the dignity clause of the BL and the “openness” to international law are closely linked. Framers originating from different political parties shared the idea that international law built the “ethical core ... common to every man” and was the “expression of the

civilization level of our epoch” (A. Süsterhenn, CDU and Carlo Schmid, SPD, quoted by Rensmann 2010, 43 notes 37-38). In addition to art. 1 sec. 2 BL, the Preamble asserts the “determination [of the German people] to promote world peace as an equal partner in a united Europe,” unambiguously stating the belief in the ethical and universalist dimension of international law. In this context, the drafting of the *Grundrechte’s* (fundamental rights) catalogue of the BL has prompted a continuing and tightened comparison with the draft articles of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which was simultaneously being written at the UNO level. Both sec. 1 and sec. 2 of art. 1 BL, for example, reproduce with little variation the Preamble of the UDHR, and can therefore be considered as an expression of a common and fundamental agreement on dignity and human rights. Such values, shared by different peoples, may provide a substantive legitimacy to Germany’s participation in the larger community of states (Rensmann 2010, 55-58).

Starting from the early 1990s, when the interdependence of international law and national law intensified under the globalization processes (for an overview of related questions see Di Martino 2010), cosmopolitan theories have gained new impetus (Habermas 2004 and 2011, 82 ff., Höffe 1999). Elaborating especially upon the writings of Kant, but adjusting them to a culturally pluralist reality (Häberle 2005), such theories have elaborated a multilevel institutional structure as the institutional counterpart to multiple citizenships. They have also drawn on the doctrine of “constitutionalization of international law,” which has focused on the existence of a body of higher law among international norms, on the expanding role of human rights protection, on the identification of common values shared by the international community, and on an enduring institutionalization as the emerging constitutional features of contemporary international law (Frowein 2000, Paulus 2001, Bryde 2003; for a different perspective of “international law as public law” see von Bogdandy, P. Dann, M. Goldmann 2010).

Another significant trend within legal theories of globalization has concentrated upon networks and regimes. Based on system theories and following a neo-liberal approach, this trend has shifted the attention from public institutions to spontaneous relations in the social sphere, outlining both the interactions between different social systems (and corresponding legal regimes) and the need to preserve a core of individual liberty (Ladeur 1997 and 2004; Vesting 2004; Teubner, Fischer Lescano 2004 and 2007). In this context, the concept of societal constitutionalism has been developed (Teubner 2003 and 2012).

Lastly, several authors have singled out pluralism as the main characteristic of contemporary legal orders, shedding light on how conflicts are inherent to them and, to a certain extent, unavoidable. Thus, commitment has been dedicated to investigating collision rules and saving clauses that operate – outside of a formalist and hierarchical logic – towards tempering friction between values at the margins of each system. This approach has proved to be a very promising one, as will be shown in the following sections (Sauer 2008, Krisch 2010, Wendel 2011, 14 ff., Vellechner 2013b, see also other scholars mentioned in pt. II and III).

2. Interpretation of international treaties in domestic law

Both the transformation theory and the execution theory assume that international treaty law has, in the domestic legal order, the same ranking as the consent act, that is, for both, treaty law ranks as ordinary law (for the constitutional rank, see instead Bleckmann, 1996, 141-142). This implies that the conflict between a treaty norm and a domestic statute is generally resolved by applying the *lex posterior* principle, according to which subsequent domestic law prevails over the international norm. This general scheme, however, has been tempered by scholarship and case law in several ways, in order to keep international obligations from remaining unfulfilled.

The main instruments to enhance the efficacy of international treaty law have been the *lex specialis* principle, according to which an international treaty may prevail over subsequent ordinary law because of its specific content, and the principle of *völkerrechtskonforme Auslegung* (interpretation conforming to international law), according to which national law needs to be constructed in harmony with international law. In the words of the GFCC, the imperative of *völkerrechtsfreundliche Auslegung* (literally: “international law-friendly interpretation”; more commonly referred to as “interpretation open to international law”) moves from the presumption that “*the legislator does not want to deviate from international obligations of the FRG or permit a violation of these obligations, unless it has clearly declared [such a will]*” (ruling of 26.3.1987 – *Presumption of Innocence*, BVerfGE, 74, 358). After all, in its first judgment dealing with an international treaty, the GFCC had adopted the principle of preservation of international agreements, affirming that “*as long as the interpretation of an international treaty is open, in the constitutional scrutiny of the ‘consent law’ preference should be given, among several possibilities of interpretation, to the one that enables the treaty to stand before the Basic Law*” (4.5.1955 – *Statute of Saar*, BVerfGE, 4, 157).

Whilst the principle of *Völkerrechtsfreundlichkeit* as such has a broader content, referring also to the relationship with international custom and supranational organizations (above, pt. I.1), its specification in treaty law is nothing less than the principle of *völkerrechtskonforme Auslegung*. The latter may be properly understood as a “conflict-avoiding rule,” which operates in cases of conflict between national law and international treaty law. Its only limit is the text of the national norm: if the text is unambiguous and does not allow different interpretations, then the principle of *völkerrechtskonforme Auslegung* may remain in the background (Proelß, 2009, 556 ff.; Payandeh 2009, 485).

In spite of some scholars’ views pleading for a higher ranking and a stronger efficacy of international law in German domestic law (Bleckmann 1979 and 1996), the application of the

Völkerrechtsfreundlichkeit principle through the GFCC has not established a unilateral pre-eminence of international law, but has unveiled complex tensions between the two legal realms (Schorkopf 2010, 133 ff.). A tension of this kind emerged from the very first decision where the Court explicitly referred to the *Völkerrechtsfreundlichkeit*. The case dealt with the validity and effect of the agreement between the German *Reich* and the Holy See in the federal constitutional order of the BL (26.3.1957 – *Reichskonkordat*, BVerfGE 6, 309). Based on the *Länder's* constitutional legislative competence in the school system, the Court affirmed that, the principle of *Völkerrechtsfreundlichkeit* notwithstanding, state legislation adopted within the constitutional framework of BL could prevail over the *Reichskonkordat* (concluded before the entry into force of the BL). Indeed, the GFCC outlined the difference between general international law and treaty law, the latter leaving a wider margin for the national or state legislator to act in order to pursue legitimate policy ends (on the curbing of the *Völkerrechtsfreundlichkeit* principle under prevailing constitutional rights and principles, see also order of 4.5.1971, BVerfGE, 31, 58 – *Spanier-Beschluß*).

International interdependence having intensified, another *topos* surfaced in GFCC case law, stating that “*the BL moves from the incorporation of the constitutional state in the international legal order (preamble, art. 24 to 26 BL).*” Such an incorporation requires that the “*democratic principle of art. 20 BL be seen in [its] light,*” leaving space for the recognition and execution of foreign sovereign acts in Germany (order of 22.3.1983 – Treaty on legal cooperation, BVerfGE 63, 343).

And yet, by far the most important judicial trend on the interpretation of international agreements has concerned human rights treaties, and especially the European Convention of Human Rights (ECHR).

Over the years, constitutional and international law scholars have developed several arguments with the aim of providing the ECHR with a constitutional basis other than art. 59 sec. 2 BL (Grabenwarter 2010, 39 ff.; Ruffert 2007; Giegerich 2006, 84 ff.). Here, I will sketch them briefly. First,

Convention rights may integrate the general and subsidiary freedom of action clause under art. 2 sec. 1 BL (Frowein 1987). Second, the ECHR and its supervising organs may be seen as a proper supranational organization, to which Germany has transferred sovereign powers under art. 24 BL (Walter 1999, Ress 1987). Third, some of the Convention guarantees, such as art. 3 ECHR on the prohibition of cruel and inhuman treatments, have been considered norms of general international law, with the effect and force provided by art. 25 BL (Kirchhof 1994, 26; for a broader application of art. 25 BL, referred to the whole “international law of cooperation”, see Bleckmann 1994, 153-4) or even norms of regional international law (Grabewarter 2010, 44). Fourth, the ECHR has been regarded as part of a procedurally-secured transnational “constitution of fundamental rights” protected by art. 1 sec. 2 BL (Hoffmeister, 2001).

For its part, the GFCC has not fully embraced one or the other of these constructions, but has now and then referred to art. 3 BL (applicable against arbitrary acts), to art. 2 sec. 1 BL and to the principle of the *Rechtsstaat* (the German variant of the rule of law) under art. 20 sec. 3 BL, preferring to use the *topos* of *völkerrechtsfreundliche* interpretation. A more in-depth analysis of the constitutional Court’s jurisprudence can be found in the following section.

II. The German Constitutional Court and European Courts

1. The GFCC and the European Court of Human Rights

On closer inspection, the GFCC case law on the national relevance of the ECHR can be divided into three periods (Wahl 2007, Schilling 2010).

In the first period – lasting approximately from the early 1950s until the early 1980s –, the influence of the ECHR and related case law in the German legal order was quite narrow. Indeed, the real novelty of the

post-World War II epoch was the institution of the GFCC itself and its path-breaking case law on fundamental rights, which provided the whole constitutional system with a strong value-laden legitimacy. The GFCC's judgments straightforwardly prompted constitutional scholars to develop dogmatic refined systematizations. Compared with this constitutional case law, the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) assumed mainly a subsidiary role. In addition, the Strasbourg Court's full activity did not consolidate before the mid-1960s. References by the GFCC to the ECHR served above all to reinforce conclusions independently reached on the basis of fundamental rights or other constitutional principles of the BL (examples in Schilling 2010, 44-45). Still, the Court did not take a clear stand on the legal effects of the Convention and the acts of its organs under the BL.

More significant in this regard was the second period – covering the second half of the 1980s and the 1990s. At that time, the GFCC issued two landmark decisions.

The first dealt with the presumption of innocence (26.3.1987, BVerfGE 74, 358, see above). The petitioner was the accused in a minor criminal case that was dismissed. He complained that, despite the dismissal, the decision treated him as guilty. The same grievance was directed towards a decision on the costs of the proceedings. Even if the German BL does not entail a specific provision on the presumption of innocence, the Court affirmed that this principle can be considered “*a specification of the Rechtsstaatsprinzip and has thereby constitutional rank.*” Furthermore, the Court made reference to art. 6 sec. 2 ECHR, highlighting the “*legal effect that the Convention's entry into force has produced on the relationship between the fundamental rights of the BL and related human rights of the Convention.*” According to the Court, this effect implies that “*in the interpretation of the BL, the content and the stage of development of the ECHR must be considered, unless this leads to a restriction or reduction of the protection of fundamental rights according to the BL,*” which is also foreseen by art. 60 ECHR (now art. 53 ECHR). These

passages have also turned to the principle of *völkerrechtsfreundliche* interpretation. It is here that the GFCC has developed the well-known formula of the Convention as *Auslegungshilfe* (interpretation-aid), according to which Strasbourg case law should serve as an “*interpretation-aid for the determination of the content and reach of fundamental rights and rule of law principles of the BL.*”

Thus, the ruling on the presumption of innocence clearly affirmed that Convention rights might be used to interpret constitutional fundamental rights, in spite of their formal ranking as ordinary law. Furthermore, in what has been indicated as the second period, reference by the GFCC to the Convention increased, especially (but not only) with regard to the fair trial rights of art. 6 and 13 ECHR. Also, if applied by the European Court of Justice (ECJ), Convention rights were considered as a guarantee for an adequate standard of rights protection (see below, pt. II.2). Typically, in the reasoning and dogmatic structure of GFCC’s decisions, Convention rights were drawn on at the stage of the analysis of the scope of a BL fundamental right or, more often, at the stage of the proportionality test (Schilling, 2010, 53-55).

The second most relevant case of the second period concerned the legal effects of the judgments of the ECtHR in the German legal order under art. 46 ECHR (11.10.1985 – *Pakelli-Beschluß*, ZaöRV 1986, 289). Given that the Strasbourg Court had ascertained against Germany a violation of the right to legal assistance (art. 6 sec. 3 ECHR), the complainant asked for the re-opening of domestic criminal proceedings. The GFCC specified the temporal, subjective and objective limits of the *res iudicata* (material legal force) of the Strasbourg decision, denying the re-opening because the internal judgment was then final (a specific legal means to restart the proceedings was introduced in 1998 by § 356 no. 6 of the code of criminal procedure). However, the Court examined the application under art. 2 sec. 1 BL and did not fully exclude that the internal *res iudicata* could be overcome if the violation of the Convention norm impinged upon the legal basis itself of the domestic judicial decision, or if

the latter was vitiated by serious procedural flaws. Furthermore, the GFCC referred to the argument, already deployed in the *Eurocontrol I* ruling (order of 23.6.1981, BVerfG 58, 1), of the Court's "*special responsibility*" in ensuring respect for international law.

In the third period – covering the first decade of the twenty-first century and still ongoing – the issue briefly examined in the *Pakelli-Beschluß* became the most important question to be faced by the constitutional Court (I have dealt with it in Di Martino 2012).

The relevance of the definition of the legal effects of Strasbourg decisions in domestic law – especially in constitutional adjudication – was amplified by the ratification of Protocol 11 to the ECHR: since the individual application before the Court was made automatic, the likelihood of conflicts between the judgments of the ECtHR and the GFCC turned into everyday reality.

This period's landmark decision is, without any doubt, the *Gorgülü-Beschluß* (order of 14.10.2004, BVerfGE 111, 307), dealing with a ECtHR's judgment granting a father visitation and custodial rights to his child. The Strasbourg decision had found that the final domestic judgment violated art. 8 ECHR. The key passages of the *Gorgülü-Beschluß's* can be summarized as follows.

To begin with, not only did the GFCC unambiguously state that the Convention binds all national judges, but it also affirmed, for the first time, that the violation of a Convention right can be sanctioned by the GFCC itself with a *Verfassungsbeschwerde* (direct complaint). In order for the direct complaint to be declared admissible, the applicant must invoke the *Rechtsstaatsprinzip* (art. 20 sec. 3 BL), along with the Convention right that he or she holds to have been infringed. In so holding, the Court reassessed its role as guardian of respect for international obligations, considering itself entitled to apply a stricter scrutiny on related interpretive rulings of the ordinary courts.

In addition, the GFCC better defined the “interpretation-aid” formula (see above). In this regard, the Court maintained that the national judge has to make use of a “*methodologically tolerable interpretation*,” meaning that it has to “*take into account*” the ECHR and relevant case law, avoiding both a “*lack of confrontation*” and a “*schematic implementation*” of the ECHR.

At first sight, it could seem that the Court did not sufficiently appreciate the difference between cases in which parties and subjects of ECtHR decisions are the same as parties and subjects of national judgments – in which circumstance the stronger obligation of compliance under art. 46 ECHR applies –, and decisions involving other countries and not identical subject matters (a clearer distinction is made in *Ress 2010*, 187 ff.). Some critiques also attached to the Court’s strong dualist (Triepelian) stance, which would have laid the foundation for a legitimate refusal to comply with international obligations, whenever the national constitution and even ordinary laws were in conflict with international norms (e.g., Cremer 2004).

Specifying the sovereignty reservation, the GFCC has developed the idea of “*partial [or sub]-system[s] of domestic law*,” within whose scope national courts may diverge from the ECtHR’s jurisprudence. Such partial systems are nothing more than “*multipolar relations of fundamental rights*,” as they have been “*balanced*” by national courts, reflecting deep-rooted values in the domestic realm. They may be in contrast with the balancing of similar rights and values consolidated in Strasbourg case law. As examples thereof, the GFCC has mentioned family rights (involved in the *Gorgülü-Beschluß*), personality rights (addressed by the *Caroline* case, below) and the rights of strangers (typically at the crossroads between the universal stance of international conventions and the particular perspective of national policies).

It must be borne in mind, however, that the interaction between national constitutions and the ECHR does not result in a nervous opposition of two impenetrable legal orders. Indeed, in a pluralist

supranational constitutionalism, the different value settings of every system are “open” to mutual influence, which does not exclude conflict, but encompasses it as an essential element.

For this reason, legal scholars have managed to figure out interpretative categories with the aim of accommodating such conflict: some of them have outlined that the “duty to take into account” must be understood as a “conflict avoiding” clause (Proelß 2009), fostering a mutual responsiveness between the constitutional and the conventional order (Viellechner 2012a). Others have developed a “corridor solution,” according to which national judges and legislators are free to conform to a rights-relationship while respecting the minimum standard set by the Convention (Hoffmann-Riem, 2006, 497-99 Lübke-Wolff, 2009, 200-202). It goes without saying that such a “corridor solution” corresponds, on the side of the Convention, to the category of the “margin of appreciation” developed by the Strasbourg Court (Arai-Takahashi 2002; Legg 2012), with the aim of reconciling national diversity with uniform Convention standards.

Notably, the solution developed by the GFCC in the *Gorgülü-Beschluß* has not remained confined to human rights treaties but has been conveyed to other international treaties as well. Still, an obligation to “take into account” may not be asserted “*for any international norm,*” but only if it is required by the “*constitutional concept*” under art. 23-26, 1 sec. 2 and 16 sec. 2 sent. 2 BL and 59 sec. 2 BL. This was the case in the consular rights decision, where the Court thoroughly dealt with a couple of International Court of Justice’s rulings applying art. 36 of the Vienna Convention on Consular relations (BVerfG, 2 BvR 2115/01 of 19.9.2006; Paulus 2009).

It was not long after *Gorgülü-Beschluß* that the GFCC was called upon to elaborate on its main tenets. With the *Caroline II* judgment (of 26.02.2008, BVerfGE 120, 180), the GFCC replied to an ECtHR decision (of 24.06.2004 – *Von Hannover vs. Germany*) that had ruled in favour of the *right to privacy* (art. 8 ECHR) against the right to a free press (art. 10

ECHR), reversing the opposite outcome of a previous GFCC judgment (of 15.12.1999, BVerfGE 101, 361 – *Caroline I*). In *Caroline II*, however, the most feared clash between the two courts did not occur (Hoffmann-Riem 2009; Stark 2008), because the German constitutional Court “took account” not only of the Strasbourg case law concerning the right to privacy, but also of the Strasbourg case law regarding the right to a free press, with the result of broadening the reach of *Abwägung* (the German way of balancing) operations and reassessing the prevalence of the free press pursuant to art. 5 BL. But the GFCC also accepted the ECtHR’s appraisals contesting the almost automatic downgrading of personality rights concealed in the use of some dogmatic categories such as the “absolute” *Person der Zeitgeschichte* (person of contemporary history). In its turn, the ECtHR “took account” of the GFCC’s judgment and narrowed the scope of its case law biased toward privacy (of 7.2.2012, *Von Hannover vs. Germany (no. 2)*).

Even more significant with regard to the duty to “take into account” was the subsequent ruling on the preventive detention (of 4.5.2011, BVerfGE, 128, 326: Grabenwarter 2012). This measure had been retrospectively applied and, in 2004, its legal basis had been declared compatible with the BL by the GFCC. In contrast, in a series of judgments issued starting in 2009, the ECtHR ascertained a violation of the Convention norms on the right to liberty and security (art. 5 ECHR) and on the prohibition of retrospective application of criminal law (art. 7 ECHR). In 2011, the GFCC reversed its precedent, considering Strasbourg case law as a relevant legal change able to overcome the binding legal force of the 2004 decision. As for the obligation to take the Convention “into account,” the GFCC stated that ECtHR’s judgment in “parallel cases” (those concerning the same state but not the same private party) shall have “at least a factual efficacy of precedent” and that reference to the ECHR shall be *ergebnisorientiert* (aim-oriented), its purpose being to avoid the emergence of the FRG’s international liability. While reassessing the openness of the BL and the integration of the Convention norms into the constitutional parameter, the GFCC also confirmed some dogmatic

constructions well-settled in national criminal law, such as the difference between prison sentence and preventive detention. As a consequence, the GFCC did not refer to the constitutional prohibition of retrospective application of criminal law (art. 103 BL) but to the principle of the protection of legitimate expectations (art. 2 sec. 2, 104 and 20 sec. 3 BL). In this context, the GFCC significantly associated the principle of *Völkerrechtsfreundlichkeit* with the use of the comparative argument by the courts. Like foreign law principles, international human rights entering the domestic legal order need to be reconsidered “*in an active [reception] process.*” Put in this perspective, Strasbourg case law must be carefully “*adapted*” into the “*national and dogmatically differentiated system.*”

To conclude this section, the GFCC has been very sensitive to the issues of internationalization of national law, and especially to the interpretive integration of human rights into the constitutional parameter. A considerable contribution to this outcome has been made by the typical value-centred orientation of the GFCC, which has facilitated both the insertion of specific evaluations stemming from the Convention into the proportionality test and the mindful consideration of the “margins of appreciation” left open by the Strasbourg Court. Still, this perspective also reflects contemporary approaches to legal pluralism, which have accepted as unavoidable some differences and friction between the intersecting legal orders, and have elaborated interpretive categories to allow these differences to coexist – through mutual learning, respect and cooperation – in a whole European system of rights protection. This broader frame offers significant keys to understanding the relationship between the GFCC and the ECJ as well, and in particular the “*solange*” jurisprudence of the German constitutional court (Voßkuhle 2010; Papier 2010), to which it is now time to turn.

2. *The GFCC and the European Court of Justice*

Equally decisive for the gradual development of a system of rights protection in Europe has been the relationship between the GFCC and the European Court of Justice (ECJ). In the first decades since the entry into force of the EC treaties, the GFCC, along with the Italian Constitutional Court, challenged the monist model of the relationship between national and European law and the strict primacy doctrine as they had been affirmed by the ECJ (judgments of 5.2.1963, no. 26/62 – *Van Gend en Loos*, and of 15.7.1964, no. 6/64 – *Costa/ENEL*). The main stages of the development of the relationship between the GFCC and the ECJ are well represented in the sequence of GFCC's landmark decisions such as *Solange I*, *Solange II*, *Bananemarktordnung* and *Mangold* (an overview in: Haratsch 2007; Scholz 2009a, 67-68, 77-90; Mayer F.C. 2010; in comparative perspective, Id., 2009; Wendel 2011, 415 ff.). Other key judgments, such as *Maastricht*, *Lissabon* and those related to the measures of financial assistance, have concerned, for the most part, the democratic deficit issue.

In the EEC-regulations ruling (of 18.10.1967, BVerfGE 22, 293), the Court defined the TEC “*to a certain extent, as the community's constitution*” and started drafting a model of the relationship between domestic and European order which would be developed later in time.

The *Solange I* case (of 29.5.1974, BVerfGE, 37, 271) dealt with a Council regulation requiring a deposit for an export license. When the deposit was forfeited, a German firm complained, by way of a concrete judicial review referral, that the European regulation violated the right to choose one's profession (art. 12 BL). The ECJ, by way of a preliminary ruling, had confirmed the validity of the regulation. After sketching out a dualist frame for the relationship between national and European law, the GFCC did not exclude its power to assess the compatibility of European secondary law with the BL.

For the Court, “*Community law [was] neither a component part of the national legal system nor international law, but form[ed] an independent*

system of law flowing from an autonomous legal source.” The EC was “not a state, in particular not a federal state, but a *sui generis* community in the process of progressive integration.” It followed that, while the ECJ was the only court competent to rule on the validity of community law, the GFCC was the only court competent to pass on the validity of national law against the standard of German BL and especially of fundamental rights. However, the GFCC outlined that transfers of sovereignty under art. 24 BL should be read systematically with other provisions of the BL, which might set some limits to the transfers. After regretting that the EC lacked a “democratically legitimate parliament directly elected by general suffrage which possess[ed] legislative powers” as well as “a codified catalogue of fundamental rights, the substance of which [was] reliably and unambiguously fixed for the future in the same way as the substance of the Basic Law,” the Tribunal admitted that the protection standard of the community legal order could not stand the higher standard of the BL. Therefore, it admonished that “*solange (as long as)*” such a catalogue would have been lacking, the GFCC would have maintained its jurisdiction over European secondary law. Technically, the submission for the incidental judicial review would have been declared admissible. In the case of a violation of the German fundamental rights, European law could not have been applied. However, the Tribunal was well aware of the provisional character of its conclusion and of the process-based nature of European integration. Thus, it is no surprise that, little more than a decade later, *Solange I* was overruled (see also the dissent of judges Rupp, Hirsch and Wand in *Solange I* and the *Vielleicht* order of 25.7.1979, BVerfGE, 52, 187).

In *Solange II* (of 22.10.1986, BVerfGE, 73, 339), a firm was denied an import licence on the basis of a European regulation. In a preliminary ruling, the ECJ upheld the regulation. Relying on the *Solange I*-doctrine, the firm lodged a direct complaint with the BVerfG. Despite the persistent lacking of a written catalogue of fundamental rights adopted by a fully legitimate European Parliament, the GFCC acknowledged an improvement of the standard of rights’ protection provided by the ECJ, based on the

common constitutional traditions of the Member States and on the ECHR. In a lengthy reasoning, the constitutional Court recalled landmark ECJ decisions on fundamental rights in various fields – focusing especially on the rights to a fair hearing and to recourse to a court – as well as the Common Declaration on Fundamental Rights of the European Parliament, Council and Commission of 1977. This decision is also important for having included the ECJ in the definition of the “lawful judge” under art. 101 sec. 2 BL: as a consequence, the omission, by any national court, of making a preliminary reference to the ECJ, could be directly sanctioned by the GFCC. The *Solange I* formula was thus reversed in *Solange II*: “As long as the European Communities, especially ECJ case law, generally ensure effective protection of fundamental rights against EC powers, the GFCC would no longer exercise its jurisdiction to rule on the applicability of secondary community law” on the basis of national fundamental rights. The procedural implication of this approach was that “concrete judicial review references filed under art. 100 sec. 1 [would] be declared inadmissible.” The restraint placed on the GFCC’s jurisdiction would depend on two conditions: first, that the ECJ case law would “provide fundamental rights protection substantially similar to that unconditionally secured by the BL” and, second, that it will “generally safeguard the Wesensgehalt (essential content) of fundamental rights.”

In the *Maastricht* judgment (of 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, see also below), the GFCC reaffirmed the *Solange II* doctrine and significantly spoke of a “cooperation relationship” with the ECJ in the field of fundamental rights protection. While the jurisdiction over German measures issued on the basis of secondary community law would rest on the ECJ, the GFCC would step in “if the ECJ should abandon the fundamental rights standard.”

A further development occurred with the *Bananenmarktordnung* ruling (of 7.6.2000, BVerfGE, 102, 147). Several firms that imported bananas from third countries had challenged the European regulation imposing quotas and tariffs on them. Here again, whereas the ECJ had

confirmed the regulation's validity, a judicial review referral asserted a violation of the firms' rights to property and to choose one's profession (art. 14, 12 BL) and of the equality principle (art. 3 BL). According to the GFCC, direct complaints and referrals "*whose reasoning did not demonstrate that the European legal development, including ECJ case law issued after Solange II, sunk below the necessary fundamental rights standard, were inadmissible.*" Indeed, the reasoning of the act introducing the constitutional proceedings – and alleging a breach of constitutional rights through secondary community law – should "*argue in detail*" that the fundamental rights protection was not "*generally ensured,*" which would require an in-depth comparison of the general standards of rights protection at the national and European level.

It cannot be questioned that the GFCC "*solange*" case law exerted a strong influence on the EJC and on the development of a judicial catalogue of fundamental rights in the EU. Over time, the constitutional Court has refined the concept of the "*cooperation relationship*" with the ECJ. In the *Mangold-Honeywell* ruling (of 6.7.2010, BVerfGE, 126, 286), the Court conceded that tensions between constitutional and European law are "*unavoidable*" with regard to fundamental rights. Nonetheless, it has required that such tensions be "*harmonised cooperatively in accordance with the European integration idea and relaxed through mutual consideration,*" which implies an acknowledgement of the *Rechtsfortbildung* (further development of the law) carried out by the ECJ, especially with regard to the general principles of law drawn on the ECHR and on the constitutional traditions common to the Member States, via the method of *wertende Rechtsvergleichung* (evaluative legal comparing). In other rulings, the GFCC has marked out the proper realm of application of European fundamental rights, limiting it to national measures "implementing" European law (art. 51 EUChFR), and separating it from the scope of application of national fundamental rights (judgment of 2.3.2010, BVerfGE 125, 260 – *Data Retention*, and lately BVerfG, 1 BvR 1215/07, of 24.4.2013 – *Counterterrorism Database*, with reference to the ECJ's *Fransson* holding; with regard to framework decisions within the ex-third

pillar of the EU, see the ruling of 18.7.2005, BVerfGE 113, 273 – *European Arrest Warrant*).

The second profile for which GFCC case law has gained international recognition concerns the democratic principle. Since its judgment on the Treaty of Maastricht (of 12.10.1993, BVerfGE 89, 155), the Tribunal has focused on the problem of the European polity's legitimation, finding it first and foremost in national Parliaments. A special feature of the German jurisprudence on this subject is the admissibility of a direct complaint under art. 38 BL for violation of the democratic principle and not just for violation of the individual right to vote (see the controversy between Schönberger 2010 and Murswiek 2010). In this way, by working out a sort of "right to democracy," the constitutional Court has given every German citizen the power to challenge the EU democratic deficit. On the merits, the GFCC has saved the institutional arrangements of European integration, albeit with some important caveats.

The complainants alleged that the broad transfers of powers and responsibilities to the EC and the set up of the EU, carried out by the Treaty of Maastricht, deprived them of their power to participate – through the elections of their representatives in the national Parliament – in legitimating sovereign power. The GFCC stated, first, that in a supranational organization the democratic principle cannot be effected in the same way as within a nation-state. However, second, the EU was characterized as a *Staatenverbund* (association of sovereign states) where the Member States were still the "*masters of the treaties*." Third, the Court held that participation to a community of states might not imply that states relinquish the legitimation which derives from their people. In this context, the Court stressed the importance of the national public sphere, where an "*ongoing free interaction of social forces, interests, and ideas*" takes place, "*in the course of which political objectives are clarified and modified*." Quoting Herman Heller, but perhaps having Carl Schmitt in mind (Pernice 1995, 103-107), the GFCC insisted that lively public opinion and political legitimacy should be found at the national level, because of

the people's relative "*spiritual, social and political homogeneity*." As a consequence, in order for the European institutions to be legitimate, the German *Bundestag* should retain functions and powers "*of substantial import*." While the Court, relying on the principles of conferral, subsidiarity and proportionality, ruled that this was the case with the Maastricht treaty, it nonetheless highlighted the inherently limited character of the "*integration programme*." It followed that an expansion of such a programme would have required the activation of the treaty-amendment procedure. If, instead, European institutions had enacted legal instruments outside the scope of the integration programme, German authorities would have been prevented from applying them in the domestic order. Most importantly, the GFCC claimed the power to assess whether such European legal measures exceeded the limits accorded to them, qualifying them in this case as *ausbrechende (ultra vires) Rechtsakte*. In a subsequent ruling (*Mangold-Honeywell*, see above and Proelß 2011), the GFCC turned on the preconditions of the *ultra-vires* review, establishing three important criteria. First, that prior to the declaration of an *ultra vires* act, the ECJ should be given the opportunity to have its say via a preliminary ruling (which, despite the wishes of scholars, has yet to occur). Second, that the *ultra vires* review may only be considered if the adoption of the European act consisted of a "*manifest*" breach of competence. Third, that the otherwise legitimate ECJ judicial *Rechtsfortbildung* (see above) may only turn into the impermissible adoption of *ultra vires* acts when ECJ "*case law makes fundamental policy decisions*" or "*causes structural shifts to occur in the system of constitutional power sharing*."

As mentioned, addressing the issue of the democratic deficit of the EU, in the *Maastricht* judgment the GFCC relied on the intergovernmental paradigm, as opposed to the federalist and functional ones (Kaufmann 1997, 103 ff., 224 ff., replacing the "intergovernmental" method with "state pluralism"). According to this perspective, legitimation was conveyed to the EC/EU by national Parliaments, via the consent act to the European treaties, the implementation of secondary law and the political responsibility owed to them by the Government representatives

in Council. The European Parliament had a complementary but subordinate role. Some commentators criticized this ruling for its nation-state-centred approach and for its holding that the authority of the *Staatenverbund* is entirely derived from the Member States: in so doing, the Court would have underestimated the social, institutional and legal pluralism – the multiple *demoi*– behind the European polity (Weiler 1996; Zuleeg 1997).

A similar criticism was reiterated (Schönberger 2009) after the judgment on the Lisbon Treaty (of 30.6.2009, BVerfGE, 123, 267). Upon deeper examination, however, a comprehensive assessment of the GFCC's case law may be more cautious. On the one hand, the *Lissabon* ruling has not set aside the concept of *Staatenverbund*, “in which the peoples, i.e. the citizens, of the Member States, remain the subjects of democratic legitimacy” and in which the majority principle, as the main achievement of democratic government, does not fully apply. On the other hand, the Court has focused on democracy-reinforcing elements operating across the national and the European level. It is revealing, in this respect, that the Court has linked the democratic principle to human dignity; that it has coined the concept of *Europarechtsfreundlichkeit* (openness to European law), along the lines of *Völkerrechtsfreundlichkeit*; that it has stressed a “parallelism” between the constitutional and the treaty-law parameters; and that it has deployed the comparative argument (Häberle 2010, 321-328; Thym 2009). In addition to the *ultra vires* review, the Court has introduced an identity review, according to which the GFCC “reviews whether the inviolable core content of the constitutional identity of the Basic Law pursuant to art. 23 sec. 1 sent. 3 in conjunction with art. 79 sec. 3 BL is respected.” This kind of review finds a counterpart in European primary law. In particular, the identity review “does not contradict the principle of sincere cooperation (art. 4 sec. 3 TEU)” and it helps safeguard the “fundamental political and constitutional structures of Member States,” which are recognized by art. 4 sec. 2 TEU (Pernice 2011). Lastly, pursuant to art. 23 sec. 1 (see below) the Court has placed a special “responsibility for integration” upon national organs and especially upon the legislative

bodies, whose aim is to control and channel any further conferral or exercise of power to EU institutions beyond the ordinary treaty amendment procedure (Classen 2009; Ridola 2010, 207-210). The Court's jurisprudence on the German Parliament's "*responsibility for integration*" has been significantly developed by recent judgments on European *financial aids*, which will be examined in the following section (pt. III.1).

In conclusion, it cannot be denied that the GFCC's case-law has played a prominent role in defining a cooperative relationship between the domestic and the European legal order, being taken as an example by other Member States. In so doing, the Court has been influenced not so much by its "Kelsenian" structure as the organ of the *Verfassungsgerichtsbarkeit* (centralized judicial review of legislation), but by its constant reference to the overarching values and structural principles of the Basic Law (Ridola 2012, 2427-2429).

III. The German Parliament and the EU. Remarks on the federal nature of the integration process

1. Art. 23 BL and parliamentary participation in matters concerning the EU

Both the *Maastricht* and the *Lissabon* rulings are not fully comprehensible without a proper consideration of art. 23 BL. Introduced by the 38th Amendment Act to the BL (of 12.12.1992), art. 23 has taken the place of art. 24 BL as the European "integration-lever" (see pt. I.1). The new art. 23 BL was adopted in connection with the negotiation of the Maastricht Treaty, in order both to provide Germany's participation in the EC/EU with full legitimacy at the constitutional level, and to codify the limits to European integration that the GFCC had been developing over the previous decades (Pernice 2006; Scholz 2009b; Streinz 2011; Haratsch 2012). Furthermore, art. 23 BL has specified a set of rights of the *Bundestag* and of the *Bundesrat* that should compensate the loss of legislative competences transferred at the European level. In comparison

with similar “European articles” of other Member States’ constitutions (Grabenwarter 2009; Häberle 2011, 78 ff.; Wendel 2011, 145 ff.), art. 23 BL has appeared as one of the most specific and detailed. It has been partially amended by the *Föderalismusreform* of 2006 (art. 23 sec. 6 BL) and by a constitutional reform enacted during the ratification of the Lisbon Treaty (art. 23 sec. 1a BL). Also, it has been implemented by three different acts, known as the *Begleitgesetze* (accompanying statutes) to the Lisbon Treaty: the *Act on Cooperation between the Federal Government and the German Bundestag in Matters concerning the European Union* (EUCGBA), the *Act on Cooperation between Bund and Länder in Matters concerning the European Union* (EUCBLA) and the *Act on the Exercise by the Bundestag and by the Bundesrat of their Responsibility for Integration in Matters concerning the European Union* (Responsibility for Integration Act; for all of them, see the overview in von Arnould A., Hufeld H. (eds.) 2011).

Echoing the Preamble to the BL, art. 23 sec. 1 BL considers Germany’s participation in the European integration process as a *Staatsziel* (state purpose: Scholz 2009b, 88-89) and as a constitutional obligation (Pernice 2006, 419; Streinz 2011, 929). It then includes the *Struktursicherungsklausel* (structure-saving clause), subordinating Germany’s limitations of sovereignty to the condition that the EU be “committed to democratic, social and federal principles, to the rule of law, and to the principle of subsidiarity, and that [it] guarantees a level of protection of basic rights essentially comparable to that afforded by [the] BL” (art. 23 sec. 1 sent. 1 BL). Unsurprisingly, the latter criterion reproduces the main outcome of the “*solange*” jurisprudence (see pt. II.2). As for the other principles, they are all *Strukturprinzipien* (structural principles) of the BL (Hesse 1999, 55 ff.). And yet, the structure-saving clause does not require that the EU put them into effect in the same way the BL does. As both the “*solange*” and the *Maastricht-Lissabon* jurisprudence have shown, it is sufficient that these principles are implemented by the EU in a manner adequate to the EU structure (Haratsch 2012, 326). Some scholars have affirmed that the structure-saving clause should promote a “constitutional homogeneity” between the

national and the supranational level (Pernice 2006, 432; Ipsen 1990). Others, highlighting the difference between the homogeneity requirement in a federal state (art. 28 BL) and the structure-saving clause of art. 23 sec. 1 sent. 1 BL, have preferred to identify a “principle of structural compatibility,” more suitable to European pluralism and closely connected to the principle of sincere cooperation under art. 4 sec. 3 TEU (von Bogdandy 2009, 52-55; Kaufmann 1997, 406-410; Streinz 2011, 931; but see also Ipsen 1990, 160, 170). This principle is not the product of unilateral action of the Member States over the EU but frames a mutual relationship between the two levels of government. Not only shall the EU respect the structural principles of the BL, but the Member States shall also observe the common values on which the EU is founded (art. 2, 7 and 49 TEU). Hence, the national structure-saving clause, on the one hand, and the European membership- and access-clauses, on the other, generate a reciprocal constitutional stabilizing effect.

Unlike the old art. 24 BL, art. 23 sec. 1 sent. 2 BL now provides that a conferral of powers to the EU must be put into effect by an ordinary law approved both by the *Bundestag* and by the *Bundesrat*. According to sent. 3, the constitutional amendment procedure (art. 79 sec. 2 and 3 BL) shall be set in motion for “the establishment of the European Union, as well as [for] changes in its treaty foundations and [for] comparable regulations that amend or supplement this Basic Law, or make such amendments or supplements possible” (art. 23 sec. 1 sent. 3 BL). Thus, if changes of constitutional relevance are provoked by the European treaties, the BL now requires a constitutional amendment (only art. 79 sec. 1 BL on the imperative to explicitly indicate the amended provision does not apply). After the adoption of art. 23 BL, it was debated whether an act of Parliament was needed when a conferral of competences was implied in the wider exercise of power by EU institutions (e.g., in compliance with evolutionary, *passerelle* or flexibility clauses in the European treaties). It was also questioned which were those “comparable regulations” that should activate a constitutional amendment procedure. In this respect, a restrictive interpretation was initially preferred, making the application of

art. 23 sec. 1 sent. 3 dependent on the “constitutional intensity” of the affected integration act and excluding the revision procedure for a merely indirect influence of the integration act on the BL (Pernice 2006, 482). Later, the *Lissabon* judgment extended the sphere of intervention of the legislative bodies (see below; Scholz 2009b, 147-149; Streinz 2011, 940-946).

In addition to the procedural profile, a substantive one has been addressed by scholars as well as judges with regard to art. 23 sec. 1 sent. 3 BL. Because of the reference, as a substantive limit, to art. 79 sec. 3 BL – the so called *Ewigkeitsgarantie* (guarantee of eternity) – the norm in question has been seen as a *Bestandssicherungsklausel* (existence-saving clause). As is well known, art. 79 sec. 3 BL prohibits amendments “affecting the division of the Federation into *Länder*, their participation ... in the legislative process, or the principles laid down in articles 1 and 20,” which, in turn, respectively refer to the apical principles of human dignity and human rights, and to the structural principles of democracy, federalism and the social state. Clearly, there is a close connection between sent. 3 and sent. 1 of art. 23 sec. 1, which have a “unitary” or “convergent guarantee-content” (Kaufmann 1997, 410-413; Streinz 2011, 946-947). And yet, they point in seemingly opposite directions: whereas sent. 1 formulates an adequacy standard as a pre-condition to European integration, sent. 3 establishes an “integration-resistant” core of national identity, focusing on the systematic interpretation of the Basic Law (Kaufmann 1997 414 ff.; Pernice 2006, 483). The GFCC has reiterated such view. In the *Lissabon* ruling (above, pt. II.2), the Court not only stressed that the democratic principle required “*sufficient space [to] be left to the Member States for the political formation of the economic, cultural and social living conditions,*” but also carved out “*some Staatsaufgaben (necessary functions of the state) which correspond to essential areas of democratic formative action.*” These areas include substantive and procedural criminal law, the regulation on the use of force by the police and the military, decisions on taxes and public expenditures, and issues related to the welfare state, culture and religion (critically Halberstam,

Möllers 2009). It is no coincidence that these matters are the object of those *passerelle* clauses and special revision procedures in the TEU and TFEU for which the GFCC has imposed an enhanced “*responsibility for integration*” on the national legislative bodies. Indeed, the practical outcome of the *Lissabon* judgment was the unconstitutionality declaration of the *Act Extending and Strengthening the Rights of the Bundestag and the Bundesrat in European Union Matters*, insofar as it did not require a parliamentary approval of decisions taken at the European level in application of the simplified revision procedure (art. 48 sec. 6 TEU), of the general and special bridging clauses (art. 48 sec. 6 TEU art. 81 sec. 3 TFEU) and of the implied power clause (art. 352 TFEU). According to the GFCC, a parliamentary mandate was also required for the activation of the “emergency brake” (art. 83 sec. 3 TFEU). A few months later, the operative part of the *Lissabon* ruling was transposed into the *Responsibility for Integration Act* (on the related practise, see Daiber 2012).

As the *Maastricht* ruling had made clear, parliamentary acts of approval or authorization are not the sole participatory instruments of the *Bundestag* and the *Bundesrat*. Other participatory forms concern the relationship between the Government and legislative bodies: obligations to inform and to notify are placed upon the former, in order for the latter to promptly issue opinions or resolutions (for an overview: Bach 2008; Mayer M. 2011). According to art. 23 sec. 2 BL, the Government’s information shall be “comprehensive” and occur “at the earliest possible time.” Conversely, art. 23 sec. 3 BL affirms that the *Bundestag* shall have “an opportunity to state its position” and that the Government shall “take [this] position into account.” Both provisions have been implemented by the EUCGBA (see above), which specifies the objects and procedure of the reporting obligations, the right of the *Bundestag* to issue an opinion, and the right to document access. By far, the norm which has generated the liveliest debate has been the one according to which “if the Bundestag delivers an opinion, the federal Government shall use it as a basis for its negotiation” (para. 9 sec. 2 EUCGBA). The textual formulation here (“use as its basis”) is stronger than the parallel one in art. 23 sec. 3 BL (“take into

account”) and seems to imply a binding effect of the *Bundestag*’s opinions. However, it is widely believed that para. 9 sec. 2 EUCGBA requires a constitutionally conform construction, balancing the rights of the *Bundestag* with the *Eigenverantwortung* (own responsibility) of the Government in the negotiation proceedings. A broader influence can be exercised by the *Bundestag* if the Government invokes in the Council the need for prior parliamentary approval pursuant to para 9 sec. 4 EUCGBA (see, lately, Schröder 2012, Wichmann 2012).

Sections 4-7 of art. 23 BL and the EUCBLA (see above) deal with the *Länder*’s participation in the Federation’s decision-making process. The aim of these norms is to compensate two growing deficits: the diminishing influence of the *Bundesrat* as a Federal organ and the loss of legislative power by the *Länder*. Such participation is articulated in three intensity levels, depending on how strong the interests of the *Länder* in a certain subject are. The first level concerns the areas of exclusive competence of the Federation: if “interests of the *Länder* are affected,” the Government shall “take the position of the *Bundesrat* into account” (art. 23 sec. 5 sent. 1 BL). The second level regards matters touching primarily on “the legislative powers of the *Länder*, the structure of *Land* authorities, or *Land* administrative procedures.” In this case, “the position of the *Bundesrat* shall be given the greatest possible respect” (art. 23 sec. 5 sent. 2 BL). The third and most intense level of the *Länder*’s participation concerns matters of exclusive competence of the *Länder*, that is – as specified by the *Föderalismusreform* 2006 – school education, culture and broadcasting. In this case, “the exercise of the rights belonging to the FRG as a Member State of the European Union shall be delegated by the Federation to a representative of the *Länder* designated by the *Bundesrat*” (art. 23 sec. 6 BL). Since this person is a representative of one of the *Länder* Governments, art. 23 sec. 6 BL must be read in conjunction with art. 16 TEU, which provides that “the Council shall consist of a representative of each Member State at ministerial level, who may commit the Government of the Member State in question and cast its vote.” If, on the one hand, these norms strengthen the *Länder*’s position in defining the

content of European legislation in matters that directly affect their interests, on the other hand a constitutional problem may arise. In fact, while the *Länder* representative is bound by the decisions of the *Bundesrat*, he or she is responsible only towards the Parliament of his *Land*. Moreover, while representing the FRG in the issues that “primarily” affect the interests of the *Länder*, it is not ruled out that the very same issues may “secondarily” involve the interests of the Federation (Pernice 2006, 498-499). For this reason, the ultimate “responsibility of the Federation for the nation as a whole” (art. 23 sec. 5 sent. 2 and sec. 6 BL) as well as the consent for decisions provoking “increased expenditures or reduced revenues for the Federation,” shall rest with the federal Government (art. 23 sec. 5 sent. 3 BL).

Mirroring art. 8 of the Protocol on Subsidiarity to the TEU, as amended by the Lisbon Treaty, art. 23 sec. 1a BL now provides a subsidiarity complaint before the ECJ, whose applicants may be both the *Bundesrat* and the *Bundestag*, the latter having an obligation to lodge the complaint if the qualified minority of one fourth of the *Bundestag*'s members so requests. Unlike other *Bundestag* rights, this one cannot be delegated to the Europa-Committee under art. 45 BL (Streinz 2011, 957-958).

An important assessment of the participatory rights of the legislative chambers has come from recent GFCC case law on measures of financial assistance. These rulings have emphasized the *Bundestag*'s *Haushaltsverantwortung* (budgetary responsibility) as a special kind of responsibility for integration. In the ruling on aid measures for Greece (of 7.9.2011, BVerfGE, 129, 124), the constitutional Court availed itself of an interpretation conforming to the constitution in order to hold that a prior specific approval by the budgetary committee of the *Bundestag* was due, before any financial grant was agreed upon by the German representative on the board for the financial facility. In the following *Sondergremium* decision (of 28.2.2012, BVerfGE 130, 318), the GFCC held the *Euro Stabilisation Mechanism Act* partially void because it unconstitutionally

delegated powers of the *Bundestag*, sitting *in plenum*, to a special committee (*Sondergremium*), whose members were chosen from within the budgetary committee. Such a small organ, whose competence was to decide on key emergency financial measures, deprived other members of the *Bundestag* of their rights to be informed, to discuss and cast their votes on the adoption of budgetary instruments (art. 38 sec. 1 sent. 2 BL). Indeed, according to the GFCC, the rights entailed in the parliamentary status may be limited only by a legal interest of equal constitutional rank (such as the *Bundestag*'s right to organize its own affairs and to preserve its ability to function) and by strict observation of the principle of proportionality. The latter coincided, in the *Sondergremium* case, with the principle of *Spiegelbildlichkeit*, requiring that the committee's composition mirror that of the *Bundestag* as a whole. It followed that general reasons of urgency and confidentiality could not justify the loss of participatory rights of other MPs, while the transfer of powers to the *Sondergremium* could be accepted only for the purchase of Government bonds by the European Financial Stability Facility on the secondary market. Since most of the instruments established to face the European financial and debt crises have been adopted by international treaties, albeit in connection with the European treaties, it was important for the GFCC to stress that parliamentary participatory rights under art. 23 sec. 2 BL applied in this field as well. In the judgment on the information rights related to the European Stability Mechanism (ESM) and to the Europlus Pact (of 19.6.2012, BVerfGE 131, 152), the Court stated that these measures were encompassed by the integration programme, their international legal nature notwithstanding. Indeed, for several institutional and substantive reasons, these instruments show a close proximity to European Union law, supplementing its content (see also, with reference to the Fiscal Pact: Möllers, Reinhardt 2012; Lorz, Sauer 2012). As a consequence, the *Bundestag* and the *Bundesrat* need to be informed early of relevant decisions, in order to have an opportunity to make a statement and to exert a meaningful influence over the Government's binding declarations in the negotiating process. Lastly, the ruling on the preliminary injunctions

on the ESM Treaty and the Fiscal Pact (BVerfG, 2 BvR 1390/12, of 12.9.2012) has held the ESM constitutionally unobjectionable insofar as two reservations were made by the German Government in the ratification procedure. According to the first reservation, the FRG's liability could not go beyond the initially authorized share of capital stock without the appropriate *Bundestag's* consent. According to the second reservation, ESM Treaty provisions on the inviolability of documents and on the professional secrecy of persons working for the ESM could not apply to the *Bundestag* and to the *Bundesrat*, since both legislative bodies must receive comprehensive information in order to exercise their controlling and guiding functions *vis-à-vis* the Government.

2. *European federalist models and related challenges*

The particular attention paid by the GFCC's case law and by art. 23 BL to the implications of European integration have been paralleled by a serious commitment by German scholarship to framing the legal nature of this process. Whereas, in the first decades, functional theories have prevailed over the federalist visions of political actors and officers (Hallstein 1969), the set-up of the EU in the early 1990s spurred a lively debate in constitutional theory (von Bogdandy 2001; Schuppert, Pernice, Haltern 2005), with two main orientations confronting one another.

On the one hand, the GFCC's *Staatenverbund*-formula drew on the writings of a well known constitutional scholar (Kirchhof 1991; Id. 2009), who considered the state as a precondition of national constitutions; the people as a cultural, political, linguistic and geographic community grown on a national basis; democracy as identical with the expression of popular sovereignty on the national level; and national Parliaments as the sole legitimating factors of the EU (from a slightly different perspective, highlighting free popular self-determination at national level: Grimm 2012, 97 ff., 283 ff.).

On the other hand, several scholars have insisted on the special nature of the European polity and on the inadequacy of the dogmatic categories of federal state vs. confederation of states to grasp its specific nature. Among the various formulas that have been deployed, that of *Verfassungsverbund* (constitutional union) has been perhaps the most successful (Pernice 2001 and 2006, 434 ff.; on “supranational federalism” see von Bogdandy 1999). In its English version, this model is known as “multilevel constitutionalism” (Pernice 2002). According to this theory, a “European constitution already exists,” being composed of the “combination of the national and European constitutional levels.” In other words, “national and European constitutional laws represent the two levels of a system which is integrated into a substantive, functional and institutional unity” (Pernice 2001, 153). This approach has been shared by other authors (among many: Peters 2001, 207 ff.; Mayer F.C. 2009, 593 ff.; Voßkuhle 2010, 183 ff.; Häberle 2011, 221 ff.; Wendel 2011, 34 ff.) who have stressed the mutual interdependence between the national and the European constitutional spheres and the partial nature of each constitutional level when considered separately: hence, the term *Teilverfassungen* (partial constitutions). Common to these constructions is the idea that the constitutional unity encompassing both levels cannot be understood in a hierarchical scheme, since neither the national nor the European level may generally prevail (critically, Jestaedt 2004). Their reciprocal relationship will be nourished by mutual consideration and loyal cooperation. It is no coincidence that, to address relevant conflicts, the flexible category of the *praktische Konkordanz* (Hesse 1999, 142) has been recommended. According to this formula, none of the competing interests shall be given absolute pre-eminence over the other, while the core of both interests shall be preserved in a balancing process (Schwartz 1993, 16; Kotzur 2009, 394-396 and 2012, 336; with reference to the ECHR: Scholz 2009a, 70, Payandeh 2009, 497).

While the English expression “multilevel constitutionalism” has been elaborated upon a political science basis, the German *Verfassungsverbund* appears closer to the federal matrix, and especially to

the German variant of it building upon the principle of subsidiarity. Still, within such a matrix, the focus is placed not on the historically confined notion of the federal state, determined by the allocation of sovereignty as *Kompetenz-Kompetenz*, but on a continuing federalizing process (Friedrich 1964, 257 ff.) which frames institutional settings and stabilizes constitutional contents in order to reconcile unity with diversity. In this context, an emphasis on the majority principle is misplaced, since the EU lacks homogeneity, which is a precondition of constitutional fair play and acceptance of majority decisions by the political opposition. Instead, the enhanced cultural and social pluralism of the European polity (Frankenberg 2003) requires elements of consociational democracy to be reinforced (Oeter 2009) and the democratic attitudes of the subsidiarity principle to be promoted (Ridola 2010, 440 ff.). Underlying such assumptions is the idea that the GFCC's view of EU legitimation mainly being conveyed by national Parliaments is too narrow. In this context, supporters of the "dual legitimacy" model have put an equally important emphasis on the functions of the European Parliament, which provides the second line of legitimation in the European polity (see lately, with an evaluation of Heller's pluralist theory, Komorowski 2010).

Notably, the main theorist of the *Verfassungsverbund* has drawn on the Smendian concept of "integration" in order to emphasize the procedural nature of the EU constitution-making and the legitimating force of principles and values common to the EU and to the Member States (Pernice 1995; quite critically, moving from Smend's nation-state background, Matz-Lück 2011). Yet again, this perspective needs to be flexible enough to confront trends of differentiation which have lately been growing within European regions and countries.

In recent years, however, the most serious obstacle to the European federalizing process has been the sovereign-debt crisis of some Member States, which has prompted the adoption of several instruments of financial assistance within the framework of EU institutions. Since the European monetary union is based on a *Stabilitätsgemeinschaft*

(community of stability), some scholars (Hentschelmann 2011; Potacs 2013) have criticized the aid measures for circumventing the principle of Member States' *Eigenverantwortlichkeit* (own responsibility) in budget and fiscal matters (art. 123-125 TEU). Other authors (Calliess 2011, 224 ff. and 2012, 153ff. see also, more cautiously, Häde 2010), in contrast, have elaborated upon a general principle of solidarity (Lais 2007, 91 ff., 167 ff.) in whose light the relevant norms of the monetary union are to be interpreted (see, along with art. 123-125, art. 122 sec. 2 TFEU). According to this view, exceptional measures of financial assistance are allowed on a voluntary basis. The later introduction of art. 136 sec. 3 TFEU, providing the legal basis for a permanent mechanism of financial assistance between the Member States subject to strict conditionality, has partially reshaped the monetary union, loosening the market dependence with regard to the possibilities of state refinancing. Both the GFCC (BVerfG, 2 BvR 1390/12, of 12.9.2012, above) and the ECJ (judgment of 27.11.2012, C- 370/12 – *Pringle*) have acknowledged this development (Callies 2013). Still, they have both carefully outlined the exceptional nature of this provision with respect to the no-bail-out rule (art. 125 sec. 1 TFEU). In particular, the GFCC has confirmed that stability remains the main purpose of the monetary union, justifying the ESM as a measure of *Stabilisierung* (stability support) and explicitly rejecting the development of a “liability and transfer community” which is closer to a federal *Solidaritätsgemeinschaft* (community of solidarity). At the same time, admitting the political branches' wide margin of appreciation and stressing the budget responsibility of the *Bundestag*, the Court has partially met the need of providing anti-crisis measures with democratic legitimation. However, this unilateral emphasis on national Parliaments as the sole basis of the legitimacy of EU-related financial measures might strengthen the intergovernmental approach to European integration, endorsing a protective attitude towards national interests and endangering the chances of forging a stronger common European economic policy. For the *Verfassungsverbund* to adequately face the challenges of the financial and debt crisis, a deeper involvement of the European Parliament as well as

forms of parliamentary cooperation are required. And – even more so today – a transnational discussion in the European public sphere needs to be seriously nurtured (Pernice et al. 2012; Habermas 2011, 108 ff., 121 ff.).

Bibliographical references

Arai-Takahashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002.

Arnauld A. von, Hufeld H. (eds.), *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

Baach L., *Parlamentarische Mitwirkung in Angelegenheiten der EU. Die Parlamente Deutschlands und Polens im europäischen Verfassungsverbund*, Mohr, Tübingen, 2008.

Bleckmann A., *Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung*, in DÖV 1979, 309 ff.

Bleckmann A., *Verfassungsrang der europäischen Menschenrechtskonvention?*, in EuGRZ 1994, 149 ff.

Bleckmann A., *Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung*, in DÖV 1996, 137 ff.

Bryde B.O., *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in Der Staat 2003, 61 ff.

Bogdandy A. von, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform- Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Nomos, Baden-Baden 1999.

Bogdandy A. von, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht*, in Der Staat 2001, 3 ff.

Bogdandy A. von, Grundprinzipien, in A. von Bogdandy, J. Bast (ed.), Europäisches Verfassungsrecht, Springer, Berlin, 2009, 23 ff.

Callies C., Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirm, in ZEuS 2011, 213 ff.

Calliess C., Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, in VVDStRL 71, de Gruyter, Berlin, 2012, 113 ff.

Callies C., Der ESM zwischen Luxemburg and Karlsruhe, NVwZ 2013, 97 ff.

Classen C., Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokustesbett?, in JZ 2009, 881 ff.

Cremer H., Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, in EuGRZ 2004, 683 ff.

Daiber B., Das Integrationsverantwortungsgesetz in der Praxis des Deutschen Bundestages, in ZParl 2012, 293 ff.

Di Martino A., Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto, Giuffrè, Milano, 2010

Di Martino A., La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana, in federalismi.it 11/2012.

Fichte J.G., Der geschlossene Handelsstaat. Ein philosophischer Entwurf als Anhang zur Rechtslehre, und Probe einer künftig zu liefernden Politik, Cotta, Tübingen, 1800.

Frankenberg G., Pluralität verfassung. Überlegungen zur Verfassung der EU, in Id., Autorität und Integration, Nomos, Baden-Baden 2003, 73 ff.

Fricker C.V. von, Vom Staatsgebiet (1867), in Id., Gebiet und Gebietshoheit, Tübingen 1901, 100 ff.

Friedrich C.J., *Teoria e pratica del federalismo internazionale* (1964), in *L'uomo, la comunità, l'ordine politico, il Mulino*, Bologna. 2002, 257 ff.

Frowein J.A., *Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in W. Fürst (ed.), *Festschrift Zeidler*, vol. II, de Gruyter, Berlin, 1987, 1763 ff.

Frowein J.A., *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in K. Dicke (ed.), *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System*, Müller, Heidelberg 2000, 427 ff.

Geiger R., *Grundgesetz und Völkerrecht*, 5. ed., Beck, München, 2010.

Giegerich T., *Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in R. Grote, T. Marauhn (eds.), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Mohr, Tübingen, 2006, 61 ff.

Giegerich T. (ed.), *Der "offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

Grabenwarter C., *Staatliches Unionsverfassungsrecht*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Berlin, 2009, 121 ff.

Grabenwarter C., *Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in D. Merten, H., J. Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte*, vol. VI/1, Müller, Heidelberg 2010, 33 ff.

Grabenwarter C., *Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten*, in *EuGRZ* 2012, 507 ff.

Grimm D., *Die Zukunft der Verfassung II*, Suhrkamp, Berlin, 2012.

Häberle P., *Der Kooperativer Verfassungsstaat* (1978), in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. ed., Duncker & Humblot, Berlin 1996, 407ff.

Häberle P., Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates (1989), in Id., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Duncker & Humblot, Berlin 1992.

Häberle P., Nationales Verfassungsrecht, regionale 'Staatenverbände' und das Völkerrecht als universales Menschheitsrecht: Konvergenzen und Divergenzen, in Gaitanides C. et al. (eds.) Europa und seine Verfassung. Fs Zuleeg, Nomos, Baden-Baden 2005, 80 ff.

Häberle P., Das retrospective Lissabon-Urteil als versteinemde Maastricht II-Entscheidung, in JöR 2010, 317 ff.

Häberle P., Europäische Verfassungslehre, 7. ed., Nomos, Baden-Baden, 2011.

Habermas J., Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in Id., Der gespaltene Westen, Frankfurt a.M. 2004, 113 ff.

Habermas J., Zur Verfassung Europas. Ein Essay, Suhrkamp, Berlin 2011.

Häde U., Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität?, in EuR 2010, 854 ff.

Halberstam D.-Möllers C., The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!", in German L. J. 2009, 1241 ff.

Hallstein W., Der unvollendete Bundesstaat, Econ, Düsseldorf 1969.

Haratsch A., Der kooperative Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in Id., P. Schiffauer (eds.), Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, BWV, Berlin, 2007, 9 ff.

Haratsch A., Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Mitgliedschaft Deutschlands in der Europäischen Union, in G. Cerrina Feroni et al. (eds.), I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro, Giappichelli, Torino, 2012, 305 ff.

Hentschelmann K., Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion, in EuR 2011, 282 ff.

Herdegen M., Art. 1 Abs. 2, in T. Maunz, G. Dürig (eds.) Kommentar zum GG, Beck, München 2004.

Hesse K., Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. ed., Müller, Heidelberg, 1999.

Hobe S., Der offene Verfassungsstaat, Duncker & Humblot, Berlin 1998.

Höffe O., Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, Beck, München, 1999.

Hoffmann-Riem W., Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, in EuGRZ 2006, 492 ff.

Hoffmann-Riem W., Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG, in NJW 2009, 20 ff.

Hoffmeister F., Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung, in Der Staat 2001, 349 ff.

Ipsen H.P., Europäisches Gemeinschaftsrecht, Mohr, Tübingen, 1972.

Ipsen H.P., Über Verfassungs-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft, in H. Maurer (ed.), Das akzeptierte Grundgesetz, Beck, München, 1990, 159 ff.

Jestaedt M., Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in R. Krause et al. (eds.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 637 ff.

Kaufmann M., Europäische Integration und Demokratieprinzip, Nomos, Baden-Baden, 1997.

Kirchhof P., Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in EuR Beiheft 1991, 83 ff.

Kirchhof P., Verfassungsrechtlicher und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, in EuGRZ 1994, 16 ff.

Kirchhof P., Der europäische Staatenverbund, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), Europäisches Verfassungsrecht, Springer, Berlin, 2009, 1009 ff.

Komorowski A., Demokratieprinzip und Europäische Union. Staatsverfassungsrechtliche Anforderungen an die demokratische Legitimation der EG-Normsetzung, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

Kotzur M., Deutschland und die internationalen Beziehungen – “offene Staatlichkeit” nach 60 Jahren Grundgesetz, in JöR 2009, 389 ff.

Kotzur M., Deutschland und die internationalen Beziehungen, in G. Cerrina Feroni et al. (eds.), I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro, Giappichelli, Torino, 2012, 329 ff.

Krisch N., Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law, Oxford University Press, Oxford 2010

Ladeur K.H., Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept, in ELJ 1997, 33 ff.

Ladeur K.H., Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?, in Id. (ed.), Public Governance in the Age of Globalization, Ashgate, Aldershot, 2004, 89ff.;

Lais M., Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, Nomos, Baden-Baden, 2007

Legg A., The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Lorz R.A., Sauer H., Ersatzunionsrecht und Grundgesetz, in DÖV 2012, 573 ff.

Lübbe-Wolff G., Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei konfligierenden Individualrechten, in M. Hochhut (ed.), Nachdenken über Staat und Recht, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, 193 ff.

Matz-Lück N., Die Aktualität der Smendschen Integrationslehre im europäischen Einigungsprozess, in U.J. Schröder, A. von Ungern-Sternberg (eds.), Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, Mohr, Tübingen, 2011, 37 ff.

Mayer F.C., Verfassungsgerichtsbarkeit, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), Europäisches Verfassungsrecht, Springer, Berlin, 2009, 559 ff.

Mayer F.C., Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, in T. Giegerich (ed.), Der "offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, 237 ff.

Mayer M., Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union, Mohr, Tübingen, 2011.

Möllers C., Reinhardt J., Verfassungsrechtliche Probleme bei der Umsetzung des Europäischen Fiskalvertrages, in JZ 2012, 693 ff.

Murswiek D., Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, in JZ 2010, 702 ff.

Oeter S., Föderalismus und Demokratie, in A. von Bogdandy, J. Bast (ed.), Europäisches Verfassungsrecht, Springer, Berlin, 2009, 73 ff.

Papier H.J., Die Bedeutung des Grundgesetzes im Europäischen Staatenverbund, in K. Stern (ed.), 60 Jahre Grundgesetz, Beck, München, 2010, 107 ff.

Paulus A., Die Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht: Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, Beck, München, 2001.

Paulus A., A Comparative Look at Domestic Enforcement of International Tribunal Judgments, in ASIL Proc. 2009, 42 ff.

Payandeh M., Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 2009, 465 ff.

Pernice I., Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, in AöR 1995, 100 ff.

Pernice I., Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in VVDStRL 60, de Gruyter, Berlin, 2001, 148 ff.

Pernice I., Multilevel Constitutionalism in the European Union, in ELR 2002, 511 ff.;

Pernice I., Art. 23, in H. Dreier (ed.), Grundgesetz Kommentar, vol. 2, Mohr, Tübingen 2006, 415 ff.

Pernice I., Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, in AöR 2011, 185 ff.

Pernice I., Wendel M., Otto L.S., Bettge K., Mlynarski, Schwarz M., Die Krise demokratisch überwinden, Nomos, Baden-Baden 2012.

Peters A., Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

Potacs M., Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion und das Solidaritätsprinzip, in EuR 2013, 133 ff.

Proelß A., Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, in H. Rensen, S. Brink (eds.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, de Gruyter, Berlin, 2009, 553 ff.

Proelß A., Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzenmäßigkeit von maßnahmen der Europäischen Union: der "ausbrechende Rechtsakt" in der Praxis des BverfG, in EuR 2011, 241 ff.

Rensmann T., Wertordnung und Verfassung, Mohr, Tübingen 2007.

Rensmann T., Die Genese des "offenen Verfassungsstaats" 1948/1949, in T. Giegerich (ed.), Der "offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, 37 ff.

Ress G., Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in Festschrift Zeidler, vol. II, de Gruyter, Berlin, 1987, 1775 ff.

Ress G., Das Grundgesetz im Rahmen des europäischen Menschenrechtsschutzes, in K. Stern (ed.), 60 Jahre Grundgesetz, Beck, München, 2010, 177 ff.

Ridola P., Diritto comparato e diritto costituzionale europeo, Giappichelli, Torino 2010

Ridola P., La giustizia costituzionale e le sfide del "diritto costituzionale europeo", in Scritti in onore di Alessandro pace, vol. III, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 2411 ff.

Rudolf W., Völkerrecht und deutsches Recht, Mohr, Tübingen, 1967.

Ruffert M., Die europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, in EuGRZ 2007, 245ff.

Sauer H., Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, Springer, Berlin, 2008.

Schilling J.M., Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, Mohr, Tübingen, 2010.

Scholz R., Nationale und europäische Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Grundrechtecharta, in HbGR, vol. VI/2, Mueller, Heidelberg, 2009(a), 63 ff.

Scholz R., Art. 23, in Maunz T., G. Dürig (eds.), Grundgesetz Kommentar, Beck, München, 2009(b).

Schönberger C., Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in Der Staat 2009, 535 ff.

Schönberger C., Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht, in JZ 2010, 1160 ff.

Schorkopf F., Grundgesetz und Überstaatlichkeit, Mohr, Tübingen, 2007.

Schorkopf F., Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, in T. Giegerich (ed.), Der “offene Verfassungsstaat” des Grundgesetzes nach 60 Jahren, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, 131 ff.

Schröder H., Die Mitwirkung des Bundestages in EU-Angelegenheiten nach dem EUZBBG in der Praxis, ZParl 2012, 250 ff.

Schuppert G.F., Pernice I., Haltern U. (eds.), Europawissenschaft, Nomos, Baden-Baden, 2005.

Schwarze J., Das Staatsrecht in Europa (1993), in Id., Europarecht, Nomos, Baden-Baden, 2012, 147 ff.

Simma B., The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in EJIL 1994, 33 ff.

Sommermann K.P., Offene Staatlichkeit: Deutschland, in HbIPE, vol. II, Müller, Heidelberg, 2008, 3 ff.

Starck C., Anmerkung, in JZ 2008, 627 ff.

Streinz R., Art. 23, in M. Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar, Beck, München 2011, 921 ff.

Teubner G., Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in ZaöRV 2003, 1 ff.

Teubner G., Fischer Lescano A., Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, in Mich. J. Int'l L. 2004, 999 ff.

Teubner G., Fischer Lescano A., Fragmentierung des Weltrechts. Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit, in Albert M., Stichweh R. (eds.), Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung, VS, Wiesbaden 2007, 37 ff.

Teubner G., Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Suhrkamp, Berlin, 2012.

Thym D., Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in Der Staat 2009, 559 ff.

Tomuschat C., Die staatliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in HbStR, vol. VII, Müller, Heidelberg, 1992, 483 ff.

Triepel H., Völkerrecht und Landesrecht, Hirschfeldt, Leipzig, 1899.

Vesting T., The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (Beyond the State), in K.H. Ladeur (ed.), Public Governance in the Age of Globalization, Ashgate, Aldershot 2004, 247 ff.

Viellechner L., Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel, in N. MatzLück, M. Hong (eds.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Springer, Berlin, 2012(a), 109 ff.

Viellechner L., Responsiver Rechtspluralismus. Zur Entwicklung einer transnationalen Kollisionsrechts, in Der Staat 2012(b), 559 ff.

Vogel K., Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Mohr, Tübingen, 1964.

Voßkuhle A., Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, in ECLR 2010, 175 ff.

Wahl R., Das Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht – Die Relevanz unterschiedlicher Entwicklungspfade, in S. Breitenmoser et al. (eds.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Dike, Zürich 2007, 865 ff.

Walter C., Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, in ZaöRV 1999, 961 ff.

Weiler J.H.H., Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in JÖR 1996, 91 ff.

Wendel M., Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Mohr, Tübingen, 2011.

Wichmann R., Die Bindungswirkung von Stellungnahmen des Deutschen Bundestages im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Bundesregierung in EU-Angelegenheiten, in ZParl 2012, 278ff.

Zuleeg M., The European Constitution under Constraints: the German Scenario, in ELR 1997, 19 ff.

[Aggiunta 1 (p. 123):]

As for the institutional instrument of cooperation between national courts and the ECJ, i.e. the preliminary reference (art. 267 TFUE), the GFCC has until now resorted to it only in an *ultra vires* judgment (BVerfG, 2 BvR 2728/13, of 14.1.2014 but published on 7.2.2014, see below), whereas its potential appears most promising in the field of fundamental rights.

[Aggiunta 2 (p. 124):]

Pursuant to these criteria, in early 2014 and for the first time, the GFCC referred a question to the ECJ for a preliminary ruling (BVerfG, 2 BvR 2728/13, see above). The case dealt with the European Central Bank (ECB)'s Decision on Outright Monetary Transactions, i.e. the purchase of Member States' bonds on the secondary market. Although the ECB's Decision was still inoperative, the GFCC saw it as an *ultra vires* act, since it allegedly exceeded the ECB's mandate in monetary policy and violated the ban on the monetary financing of Member States' budgets (but see the dissents of judges Lübbe-Wolf and Gerhardt). In its preliminary reference, the GFCC left some margins open for an interpretation of the Decision compatible with the TEU, which – should the ECJ examine the issue on the merit – might be appropriately expounded.

[Aggiunta 3 (p. 130):]

Lastly, in the decision on the merit of the same case (2 BvR 1390/12, of 18.3.2014), the GFCC deferred to the assessment of the political branches with regard to the restrictions of national budgetary and fiscal policies agreed upon in the ESM Treaty. However, the GFCC required that the provision on the suspension of voting rights in the ESM bodies be interpreted in a way compatible with the BL. This implies the legislature taking adequate measures to ensure that the FRG fully and promptly meets future capital calls by the ESM, so that it may not be deprived of its vote, since it is through the control of the German representative in the ESM's bodies that the *Bundestag* may exercise its budgetary responsibility.

[Aggiunta 4 (p. 132):]

Even if government at the EU level may be better understood in the light of consociational rather than majoritarian models of democracy, it may not however be concluded that the European Parliament does not need any mechanism to enhance its ability to function, such as electoral thresholds. In this respect, it seems that recent decisions of the GFCC which have invalidated both a 5% and a 3% threshold provided by the European Elections Act are theoretically flawed and even out of the Court's jurisdiction (2 BvC 4/10, of 9.11.2011 and 2 BvE, 2/13, of 26.2.2014, with relevant dissenting opinions of judges Di Fabio and Mellinghoff and of judge Müller).

[Aggiunta 5 (in bibliografia, p. 136):]

Lehner R., *Die "Integrationsverfassungsbeschwerde" nach art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde*, in *Der Staat* 2013, 535 ff.

El diálogo inter-jurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales

Jorge Alejandro Amaya¹

I. Introducción

La lucha del constitucionalismo por la limitación del poder y el reconocimiento y vigencia de los derechos aspira – en su largo derrotero desde el siglo XVII - a la integración de un Derecho Universal o “ius comune universalis” que se funda en los valores de la dignidad humana a través de su denominación moderna de derechos humanos que recuerda al derecho natural, como magistralmente expusiera Giuseppe de Vergottini².

Así, los derechos han sido el motor fundamental de las luchas de la humanidad por un orden más justo. El derecho Constitucional ha estado y sigue estando motivado por la idea de que solo el Estado de Derecho, es

¹ Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Máster en Derecho Público y Doctor en Derecho Constitucional (UBA). Postgrado de la Universidad de Harvard (USA) y de las Universidades de San Francisco (USA) y George Washington University (USA). Profesor de D. Constitucional y Procesal Constitucional de la UBA; de la Universidad de Rosario (UNR); y de las Universidades de Lomas de Zamora (UNLZ). Profesor de la Escuela Judicial de la República Argentina. Consultor Sênior del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo. Profesor invitado y disertante en universidades europeas y latinoamericanas. Ha sido Vicerrector de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires (UCES); y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de dicha Universidad. Fue distinguido en el Perú con las menciones “Honor al Mérito” otorgada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por la labor docente y académica y por el Centro de Altos Estudios Nacionales del Perú por su trayectoria académica ; y obtenido el premio “Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” en Derecho Constitucional..

² De Vergottini Giuseppe, “Mas allá del diálogo entre tribunales”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2010.

decir solo un estado organizado con sujeción a la ley y fundado en la soberanía popular, puede garantizar la libertad y los derechos.

Esta aspiración, que sufrió duros embates por los regímenes totalitarios en nombre de la soberanía estatal absoluta, generó - luego de la catástrofe de la Segunda Gran Guerra -un orden caracterizado por la internacionalización de los derechos en los ámbitos regionales (en América la Organización de Estados Americanos – OEA) y en el universal de las Naciones Unidas (UN), lo que provocó la apertura y universalización del derecho constitucional y su integración con el derecho internacional, para dar nacimiento al denominado derecho de los derechos humanos.

Esta nueva disciplina nos ha traído diversas técnicas normativas, ya sea de declaración, de interpretación e incluso de constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, creando un espacio común de los derechos. Se ha configurado así lo que ha dado en llamarse —siguiendo a Cappelletti— la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel meta nacional y uniforme³.

Los tribunales nacionales argentinos - a partir de la ratificación legislativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) acaecida en 1984 - poseen doble fuente normativa para realizar las interpretaciones judiciales de los derechos, generándose además la necesidad de adecuar la jurisprudencia nacional a la jurisprudencia internacional emanada de los órganos creados por la CADH para la protección de los derechos que ella enumera: La Corte IDH y la Comisión IDH.

Sin embargo, es dable aclarar de inicio, que el hecho de que un tribunal haga referencia o cite a la jurisprudencia de otro tribunal no constituye de por sí un diálogo inter-jurisdiccional, esto solamente ocurre

³ Cfr. Hitters – Fappiano, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Ediar 2006.

cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso.

La confrontación con sus propios antecedentes que debe hacer el tribunal que recibe la jurisprudencia a través de un proceso de argumentación, es la que va a permitir el verdadero diálogo jurisprudencial. De esta forma la jurisprudencia recibida produce una fertilización en la jurisprudencia receptora⁴.

II. El monólogo referencial con la Corte Suprema de los Estados Unidos en el ejercicio del control de constitucionalidad.

Bueno es recordar previamente, dos características del sistema de gobierno argentino: su carácter Federal, donde cada estado parte o provincia dicta su propia Constitución que debe garantizar su administración de justicia, pero que la organiza en forma autónoma; y las particulares características de su sistema de control de constitucionalidad vigente desee los albores de la organización nacional, que es judicial y difuso, a similitud del modelo norteamericano nacido popularmente a partir del famoso leading case “Marbury v. Madison” fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en 1803⁵.

El control de constitucionalidad, mecanismo institucional que tiene por objeto garantizar el principio de supremacía de la Constitución frente al resto de las normas internas, se presenta en el mundo occidental a través de dos grandes modelos, que muchos países en América han combinado: el modelo concentrado y el difuso.

⁴ Cfr. Ayala Corao, Carlos, “Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Paraninfo del Palacio de las academias, Caracas, Venezuela, 8 de marzo de 2012.

⁵ Amaya, Jorge Alejandro, “Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad”, La Ley Paraguay, Asunción, 2012.

En el modelo concentrado, típicamente europeo, la revisión es hecha exclusivamente por un Tribunal Constitucional diseñado para tales fines y la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, con la consiguiente anulación de la norma cuestionada. En el difuso, corresponde a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones, llevar a cabo el control de constitucionalidad, sin perjuicio de llegar a la CSJN como tribunal último por vía de un recurso extraordinario, ya que es ella quien debe cumplir con el rol institucional de ser custodio de la supremacía de la Norma Fundamental. La sentencia de inconstitucionalidad sólo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, restringido o inter-partes, dejando subsistente la vigencia de la norma fuera de ese caso.

Por consiguiente, en Argentina, el igual que en los Estados Unidos, todos los jueces de cualquier jurisdicción y competencia son jueces constitucionales, es decir poseen la facultad de dejar sin validez pero con efecto para el caso concreto, cualquier norma de cualquier jerarquía, en la medida que la encuentren repugnante frente a la Constitución Nacional.

Otra característica interesante referida al control de constitucionalidad en el marco de análisis es que, al contrario del modelo norteamericano, en mi país no rige la doctrina del precedente obligatorio o *stare decisis*, ya que no existe norma legal ni costumbre pacífica que establezca la obligación de los tribunales inferiores de acatar los fallos de la Corte Suprema de Justicia, más allá que los mismos son seguidos habitualmente en razón del valor moral de los mismos, tratándose la Corte Suprema de Justicia del máximo intérprete de la Constitución Federal⁶.

En el caso de la CSJN Argentina – como anticipé - he denominado a su proceso de evolución en el intercambio dialogal con otros tribunales: *“Del monólogo referencial del control de constitucionalidad al diálogo*

⁶ Amaya, Jorge Alejandro, “Control de Constitucionalidad”, Astrea, Buenos Aires, 2012.

bidireccional del control de convencionalidad". Trataré de fundamentar el contenido de este título.

Desde su instalación en el año 1863, del cual se cumplen en estos días 150 años, el Máximo Tribunal de mi país se sintió obligado - como forma de fundamentar sus fallos - a hacer referencia argumentativa directa a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en razón de la similitud de los modelos constitucionales, ya que, como bien dijo el principal redactor de la Constitución de 1853, el texto constitucional argentino había sido vaciado en el modelo norteamericano⁷.

La Corte, por muchos años y aún hoy pero en forma muy atenuada, invocó la jurisprudencia de la Corte Norteamericana, aunque más que una situación dialogal en este caso podríamos hablar de una situación de monólogo referencial, ya que esta relación se daba exclusivamente en una sola dirección y sin efectuar - la mayoría de las veces - un proceso razonado y profundo de la jurisprudencia del tribunal emisor, sino más bien a través de la descripción breve del caso extranjero aplicable al caso argentino en razón de la similitud del modelo constitucional.

Desde esta situación de monólogo unilateral o referencial hasta la actualidad, Argentina ha recorrido un largo y fructífero camino en lo que hace a la incorporación de normas internacionales a su derecho interno y al consecuente diálogo inter-jurisdiccional con tribunales extranjeros.

⁷ El principal redactor de la Constitución Argentina de 1853 fue Benjamín Gorostiaga.

III. El principio de supremacía constitucional y sus cambios. Incorporación de la Republica Argentina al sistema interamericano: El reconocimiento de la competencia de la Corte IDH.

Resulta necesario para poder analizar cómo el derecho internacional comenzó a insertarse dentro de nuestro derecho interno, realizar un análisis jurisprudencial de las distintas posturas que a lo largo del tiempo nuestra CSJN fue adoptando.

El principio de supremacía constitucional en mi país hasta la reforma constitucional de 1994 estaba definido, principalmente, por los artículos 31 y 27 de la Constitución, que establecían la prioridad del derecho federal, constituido por la Constitución, las leyes federales y los tratados con potencias extranjeras, sobre el derecho local. Este contexto del derecho federal era considerado como “la ley Suprema de la Nación”. Aplicando una teoría dualista, la CSJN tenía establecido desde 1947 en el caso “Merck Química” que el derecho interno se priorizaba sobre el derecho internacional en épocas de guerra y viceversa en épocas de paz.

La CADH conocida popularmente como Pacto de San José de Costa Rica junto con los órganos que ella impetra como protectores del sistema interamericano: la Comisión y la Corte, fue ratificada legislativamente por Argentina en marzo de 1984⁸ pasando a integrar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Constitución Federal la Ley Suprema de la Nación junto con la Constitución y las leyes federales y quedando sujeta a la interpretación que el Máximo Tribunal interno del país tenía establecido en torno a la jerarquía del derecho internacional. La Argentina reconoció –por el art. 2 de la ley ratificatoria– la competencia de la Comisión IDH por tiempo indefinido y de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

⁸ Ley N° 23.054.

El primer indicio en la priorización definitiva del derecho internacional sobre el interno, se da en 1992, cuando la CSJN en oportunidad de expedirse en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich⁹ falló: *“Que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. En este fallo, además, reconoció la supremacía legal de los tratados por sobre las leyes nacionales.

Dos años más tarde, en 1994, al reformarse la Constitución Federal, es cuando la CADH obtiene su certificado de mayoría o un salto cualitativo en su normatividad constitucional y en la de los órganos que ella impetra como protectores del sistema interamericano: la Comisión y la Corte.

Por dicha reforma, y conforme al art. 75 inciso 22 de la Constitución Federal, la CADH y por consiguiente todo el sistema interamericano que ella organiza, adquiere – junto con otros diez tratados de Derechos Humanos - jerarquía constitucional.

Es decir que hoy, el principio de supremacía constitucional en Argentina, se integra en su cúspide por una doble fuente (interna e internacional): la Constitución Federal y los Tratados de Derechos Humanos que recibieron jerarquía constitucional con la reforma constitucional; o aquellos que el Poder Legislativo le otorgó u otorgue en el futuro dicha jerarquía a través del procedimiento legislativo de ratificación con mayoría calificada. Esta doble fuente que integra la supremacía constitucional argentina: se denomina bloque de constitucionalidad federal¹⁰.

⁹ CSJN en Ekmekdjian c. Sofovich, sentencia del 7 de julio de 1992, considerando N° 21.

¹⁰ Cfr. Bidart Campos, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo I-A, capítulo V, p. 398/473.

Por debajo del bloque todo es derecho infra constitucional, dejando aclarado que el derecho internacional se prioriza sobre el derecho interno en atención a lo dispuesto por la propia Constitución¹¹.

IV. El diálogo inter-jurisdiccional con la Corte IDH. Sus distintas intensidades.

¿Cuál ha sido la evolución de la CSJN Argentina en el diálogo inter-jurisdiccional luego de la relación histórica con la Corte Suprema Norteamericana considerando que desde 1994 posee jerarquía constitucional la CADH y por consiguiente las decisiones de la Corte IDH en su carácter de máximo intérprete de los derechos enumerados en la Convención?

El dialogo entre la Corte IDH y la CSJN comenzó progresivamente desde los años noventa¹² y, si bien hoy sus fallos y jurisprudencia tienen efecto vinculante para los tribunales Argentinos teniendo estos la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre el derecho interno y los derechos consagrados en la Convención Americana a la luz de la interpretación que de estos ha hecho la Corte, incluso de oficio es decir sin necesidad de que exista petición de parte, el proceso de reconocimiento y aceptación no ha sido fácil ya que la justicia doméstica muchas veces se ha resistido a la internacional debido a una diversidad de

¹¹ Artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional Argentina.

¹² En el ámbito de la jurisdicción contenciosa ejercida por la Corte desde su instalación en 1979 hasta 2011 ha dictado un total de 238 sentencias de fondo, excepciones preliminares, reparaciones, costas e interpretación. El 73,5% (175) de esas sentencias han sido dictadas entre el año 2000 y el 2011. Salvo pocas excepciones, en prácticamente todas las sentencias de fondo la CIDH ha encontrado la violación de, al menos, uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte sobre la interpretación de la Convención se complementa con las resoluciones sobre Medidas Provisionales dictadas hasta el 2011 en más de 110 asuntos (cada asunto cuenta normalmente con varias resoluciones) y con 296 resoluciones sobre cumplimiento de las sentencias dictadas entre 2001 y 2011, así como las 20 Opiniones Consultivas dictadas desde 1982.

factores, vinculados con la falta de información, incompreensión, factores psicológicos y habitualmente ideológicos, etc¹³.

V. La cuestión de la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH.

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia, por lo cual ella no configura una cuarta instancia de apelación.

Por ello ha establecido en el caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada”¹⁴ y que solo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”¹⁵.

Como vemos, esta doctrina legal tolera indirectamente la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica y ha sido recibida por

¹³ Cfr. Saqués Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 247 y ss.

¹⁴ Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, Párr.167.

¹⁵ Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005., Serie C No. 13, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 121.

la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas, aunque en los últimos tiempos ha sido acatada totalmente.

Una vez sancionada la reforma de 1994, la CSJN sostuvo en el caso “Girolodi” que: *“la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”*¹⁶.

Llegado el año 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso “Acosta”¹⁷, la CSJN denota un franco retroceso en el proceso de reconocimiento del carácter vinculante de los fallos de la Corte IDH, cuando sostiene que la jurisprudencia internacional no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.

Argentina fue condenada por primera vez por la Corte IDH en el año 2002 en el Caso “Cantos”, por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante¹⁸. Ese tribunal mandó a la Argentina a fijar nuevamente *de manera razonable* los gastos de un pleito por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia.

En dicho asunto la CSJN no dio total acatamiento al decisorio referido invocando razones de “derecho interno”. Dijo por ejemplo que la reducción de los emolumentos de los peritos oficiales que no habían participado en el juicio internacional afectaba el derecho de defensa. Sin embargo la minoría entendió que el fallo debía respetarse en su totalidad por ser el mismo vinculante.

¹⁶ CSJN sentencia del 7 de abril de 1995.

¹⁷ CSJN sentencia del 28 de diciembre de 1998

¹⁸ Corte IDH, Caso Cantos, pronunciamiento del 28 de noviembre de 2002.

Luego, en el que fuera conocido como Caso “Bulacio”¹⁹ en el año 2003 la Corte IDH condenó nuevamente a la Argentina por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí que se investigue y se sancione a los responsables y que sean indemnizados los familiares²⁰.

La CSJN —en un interesantísimo decisorio y por entonces con una nueva integración— cambió de criterio y acató totalmente la sentencia²¹, a tal punto que dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (Comisario Espósito), disponiendo que se juzgue nuevamente al mismo²².

Vemos en “Espósito” (“Bulacio”) un avance en la jurisprudencia interna. En efecto, la CSJN sostuvo por mayoría que “...la decisión de la Corte IDH ... *resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)*, por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional ...”. Sosteniendo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una *imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹⁹ Corte Suprema de la Nación Argentina, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003.

²⁰ Finalmente y a fin de dar cumplimiento con la sentencia interamericana, el Poder Ejecutivo dispuso por un decreto que por intermedio de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, se llevarían a cabo las actuaciones pertinentes para dar cumplimiento a las sentencias. Decreto 1313 del 11 de agosto de 2008.

²¹ Corte Suprema de la Nación Argentina, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción, E.224 39 del 23 de diciembre del 2004.

²² Todos los integrantes de la Corte Nacional (con algunas variantes argumentales) acataron el pronunciamiento aludido partiendo de la base de que ella como parte del Estado debe cumplir los fallos de la Corte Interamericana, aunque —en este caso— tal actitud perjudique el derecho de defensa en el derecho interno, que tiene raigambre constitucional.

Nótese el cambio de lenguaje utilizado por la CSJN cuando en un primer momento se refería a una "guía", y ahora a una –imprescindible-pauta de interpretación.

Dicho criterio fue ampliamente confirmado y ampliado en el Caso "Simón"²³, vinculado con delitos de lesa humanidad, donde el más alto Tribunal interno decidió la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de "obediencia de vida" (Ley 23.521) y "punto final" (Ley 23.492), flexibilizando principios constitucionales como la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), cosa juzgada y prescriptibilidad de las acciones²⁴.

VI. La obligatoriedad para todos los poderes públicos de los Estados: efectos erga omnes.

La Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano en los casos: "Barrios Altos", "Tribunal Constitucional de Perú" y "La Cantuta", puso énfasis en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso, Perú²⁵, comportándose como un Tribunal Constitucional anulando las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes* y amplificando su doctrina legal, sosteniendo que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular) sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia) a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

²³ Corte Suprema Nacional; Simón, Julio H. y otros, sent. 14-junio-2005.

²⁴ Ver Pizzolo, Calógero, "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal", *La Ley*, Buenos Aires, 2006-D, p. 1022).

²⁵ Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71).

Este temperamento ha sido receptado también por nuestra CSJN, en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, casos “Arancibia Clavel; “Simón”; “René Derecho” y Mazzeo” donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales.

La duda aparece cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de “doctrina legal” de aplicación digamos obligatoria no sólo para los delitos de lesa humanidad sino para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios.

Cuando la CSJN sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH “deben servir de guía” o que “constituyen una imprescindible pauta de interpretación”, está diciendo —desde la perspectiva del derecho interno—, que los mismos tienen valor de doctrina legal. I esto ha sido reconocido en el caso “Verbitsky” donde la CSJN siguiendo los pronunciamientos de la Corte IDH ordenó a un Poder Judicial Estadual adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido²⁶.

VII. El control de convencionalidad. Actuación de oficio.

El término control de convencionalidad fue por primera vez acuñado expresamente por la Corte IDH en su sentencia en el caso “Almonacid Arellano v. Chile”²⁷. La Corte IDH consagró que los jueces y tribunales internos no solo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y a las interpretaciones que haya hecho la Corte IDH de estas disposiciones.

²⁶ CSJN, “Verbitsky, Horacio”, sentencia del 3 de mayo de 2005.

²⁷ Corte IDH, caso Almonacid Arellano v. Chile, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Dos meses después, en la sentencia dictada en *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*²⁸ la Corte IDH formuló algunas especificaciones y adiciones diciendo que *"los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana"*²⁹.

El mensaje de *Trabajadores Cesados del Congreso* nos indica que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad debe asimismo practicar el de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control que debe aplicar incluso de oficio.

Su aplicación en el derecho interno argentino ha dado lugar a un interesante diálogo bidireccional con la Corte IDH en el caso *"Mazzeo"*³⁰, exponiéndose con claridad el deber de los jueces del Poder judicial de los Estados de ejercer el "control de convencionalidad" teniendo en cuenta no solamente la CADH sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH.

Tiempo después, el Máximo Tribunal Argentino retomó la cuestión en el fallo *Videla*³¹. En esta sentencia sostuvo que —esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de

²⁸ Corte IDH en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 24 de Noviembre de 2006.

²⁹ Véase Loiano, Adelina, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo"*, en Albanese, Susana, Coordinadora, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 114 a 117.

³⁰ CSJN sentencia del 13 de julio de 2007.

³¹ CSJN en *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación* C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010.

convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención".

Así, puede leerse que nuestra CSJN ha convalidado el deber de efectuar - para evitar la responsabilidad internacional del Estado - el control de convencionalidad por parte de los jueces locales, atribuyéndose por consiguiente la facultad institucional de custodio de esta responsabilidad internacional³².

El control de convencionalidad desempeñaría un doble papel. Por un lado, un rol represivo que obligaría a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José (CADH) y a la interpretación que de dicho Pacto ha realizado la Corte IDH. Por el otro, un rol constructivo, que obliga a los jueces a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación hecha por la Corte IDH. Es la interpretación "armonizante" o "adaptativa" del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte IDH. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte IDH³³.

De lo antedicho se interpreta que la misión fundamental de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad, la cual consiste en 'comparar' la norma del derecho interno en relación a la CADH y desentrañar si aquélla violenta a ésta o no. En el caso de que advierta la violencia, se lo hará saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido).

³² Amaya Jorge Alejandro, Control de Constitucionalidad, Op. Cit. p. 239.

³³ Cfr. Sagües, Néstor P., Dificultades operativas del "Control de Convencionalidad" en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1

De todas maneras, resulta necesario remarcar la pauta sobre la importancia que los jueces locales ejerzan esta tarea para evitar que el pleito llegue a la instancia internacional y la consecuente responsabilidad del Estado, ya que la intervención de la Corte IDH es subsidiaria.

En el ordenamiento jurídico argentino el control de convencionalidad es asimilable en sus efectos al control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter-partes. Estos controles tienen en común manejar un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior.

En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, es evidente la superioridad de la Constitución.

En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la CADH, el asunto – no es tan pacífico – y dependerá de la estructura del principio de supremacía.

En el caso argentino se han presentado sintéticamente dos posiciones en torno a la interpretación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución que consagró la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, sosteniendo que “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Por un lado, la tesis de los planos intra-jerárquicos sostenida por la disidencia de la CSJN en el caso “Petric” relacionado al derecho a réplica la cual entiende que ante una oposición de normas Constitucionales y de la CADH existe una situación jerárquica que privilegia la Constitución; y por otro, la tesis de la complementariedad adoptada como doctrina por la CSJN a partir de los fallos “Chocobar”³⁴ y “Monjes”³⁵ la cual sostiene que no se hace viable en ninguna hipótesis el descarte e inaplicación de una norma contenida en uno y mas instrumentos internacionales de jerarquía

³⁴ CSJN sentencia del 27 de diciembre de 1996.

³⁵ CSJN sentencia del 26 de diciembre de 1996.

constitucional, porque lo que es “complementario” de algo nunca puede dejar de surtir sus efectos “complementarios”

Un tema destacado en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación”³⁶ que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Esta doctrina fue avalada por la Corte IDH en la opinión consultiva 4/84, referente al trato desigual (más favorable) que dio la Constitución de Costa Rica a los nativos de ciertas naciones de Centroamérica para adquirir la nacionalidad costarricense, cosa que se justificó por los antecedentes históricos y sociológicos comunes que vinculaban a los países del área.

El interrogante se ciñe a si ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable, o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?

Considero que la Corte IDH, al sentar las bases del control de convencionalidad, interpretó el instituto con un margen de flexibilidad suficiente para que los Estados apliquen su doctrina con una libertad interpretativa y aplicativa sustentada en el principio de proporcionalidad o razonabilidad. Los extremos de esta razonabilidad forman parte del diálogo interjurisdiccional entre la Corte IDH y los Máximos Tribunales de cada país.

Por último, un tema esencial en el ejercicio del control internacional de la convencionalidad tiene que ver con la cuestión de si

³⁶ Sagües, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis, p. 222 y ss.

una ley incompatible con los derechos humanos reconocidos en la CADH puede justificarse en virtud del principio de las mayorías en una democracia, validando esta ley mediante una decisión soberana.

La Corte IDH en el caso “Gelman v. Uruguay”³⁷ abordó el tema, afirmando que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el peramente respeto del derecho internacional, incluyendo al Derecho internacional de los Derechos Humanos; y además que, en todo caso, la aprobación popular en una democracia de una ley incompatible con la CADH no le concede legitimidad ante el derecho internacional.

De aquí resulta claro, un concepto fundamental que hemos trabajado profundamente: en la configuración del Estado democrático de derecho, es decir, el Estado constitucional, la regla de la mayoría en la democracia es un principio dual de protección de mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más como la de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en la Constitución de cada Estado y en el sistema internacional³⁸.

VIII. Conclusiones.

Evidentemente en el mundo globalizado del siglo XXI que transitamos los tribunales internacionales y los tribunales nacionales forman parte de una “red” jurídica de interpretación de los derechos

³⁷ Corte IDH caso “Gelman v. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

³⁸ Amaya, Jorge Alejandro, Ver, entre otros, “De Mayorías y Minorías en la Democracia”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 197, Julio/diciembre de 2006.- “Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios” (Artículo Premiado) Revista de Doctrina, Fascículo N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

reconocidos por los instrumentos internacionales y el derecho interno. De allí la responsabilidad de todos de contribuir a ese sistema mediante el diálogo entre ellos y el razonamiento responsable de sus decisiones.

Esta responsabilidad en la argumentación de las decisiones judiciales, no solo se debe a que en la misma se basa la legitimidad de sus decisiones, sino también porque cada tribunal tiene una responsabilidad - local y mundial - de hacer sus aportes a la construcción de un Derecho judicial Universal al que todos los países democráticos aspiramos.

Bibliografía

Amaya, Jorge Alejandro:

“Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad”, La Ley Paraguay, Asunción, 2012 y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2013.

“Control de Constitucionalidad”, Astrea, Buenos Aires, 2012.

“De Mayorías y Minorías en la Democracia”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 197, Julio/diciembre de 2006.-

“Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios” (Artículo Premiado) Revista de Doctrina, Fascículo N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Ayala Corao, Carlos:

“Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Paraninfo del Palacio de las academias, Caracas, Venezuela, 8 de marzo de 2012.

Bidart Campos, Germán:

“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo I-A, capítulo V, p. 398/473, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

De Vergottini Giuseppe, “Mas allá del diálogo entre tribunales”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2010.

Hitters – Fappiano:

“Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Ediar 2006.

Loiano, Adelina:

“El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo", en Albanese, Susana, Coordinadora, El control de convencionalidad, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

Pizzolo, Calógero:

“La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque constitucional federal”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006-D, p. 1022.

Sagües Néstor P:

“Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

“Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en *La Ley*, Buenos Aires, 2009-B, p1

“La interpretación judicial de la Constitución, 2ª ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis.

DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES ¹

*Flávia Piovesan*²

“State sovereignty is becoming diluted. Public power is being rearticulated in pluralistic and polycentric forms. (...) This pluralism requires an order to fill in the gaps, reduce fragmentation and induce cooperation between different systems; to establish hierarchies of values and principles; and to introduce rules of the recognition, validity and effectiveness of norms”. (Antonio Cassese, When legal orders collide: the role of the Courts, Global Law Press - editorial Derecho Global, Sevilha, 2010, p.15).

¹ Um especial agradecimento é feito à Alexander von Humboldt Foundation pela fellowship que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual. Este artigo tem como base a conferência “Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições”, proferida na I Jornada de Direito Internacional da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região, em Belo Horizonte, em 30 de março de 2012.

² Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008); desde 2009 é Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. É membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

Introdução

O objetivo deste artigo é focar o controle de convencionalidade sob a perspectiva dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, com especial ênfase no diálogo entre sistema regional interamericano e as Cortes latino-americanas. De um lado, importará avaliar o modo pelo qual a Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade com relação às ordens jurídicas latino-americanas; por outro, importará avaliar o modo pelo qual as Cortes latino-americanas exercem o controle da convencionalidade no âmbito doméstico, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos.

Controle da convencionalidade e diálogo entre jurisdições constitui tema de especial relevância e complexidade para a cultura jurídica contemporânea, refletindo a emergência de um novo paradigma. A primeira parte deste artigo enfrentará o desafio concernente aos delineamentos de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade, no qual aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinabilidade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.

Considerando a emergência deste novo paradigma, a segunda parte deste artigo transitará para a análise dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, com realce ao controle da convencionalidade, avaliando o grau de incorporação e de impacto dos parâmetros protetivos internacionais de direitos humanos nas ordens jurídicas locais latino-americanas.

Por fim, serão destacados os principais desafios e perspectivas para a pavimentação de um *ius commune* latino-americano que tenha sua centralidade na força emancipatória dos direitos humanos.

Emergência de um novo paradigma jurídico: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*

Por mais de um século, a cultura jurídica latino-americana tem adotado um paradigma jurídico fundado em 3 (três) características essenciais:

a) a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e auto-referencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina).

b) o hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do Direito); e

c) o *State approach* (*State centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte principe*”, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio³.

Testemunha-se a crise deste paradigma tradicional e a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como 3 (três) características essenciais:

³ Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e auto-referencial).

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A

Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Logo, é neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se delineia a visão do trapézio jurídico contemporâneo a substituir a tradicional pirâmide jurídica.

b) a crescente abertura do Direito -- agora "impuro" --, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica)

No caso brasileiro, por exemplo, crescente é a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de elevado impacto social, como: a) a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica (tema da primeira audiência pública concernente ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade relativa ao artigo 5º da Lei de Biossegurança, em maio de 2008); b) a justicialização do direito à saúde (audiência pública realizada em 2009); c) as cotas para afro-descendentes em Universidades (audiência pública concernente ao julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de leis estaduais determinando a fixação de cotas raciais em Universidades,

realizada em março de 2010); d) o reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas (audiência pública realizada em junho de 2011), dentre outras. Para adotar a terminologia de Peter Haberle, há a abertura da Constituição à uma sociedade plural de intérpretes⁴.

É a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a resignificar o Direito.

c) o *human rights approach* (*human centered approach*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *“lente ex parte populi”*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio⁵.

Para Luigi Ferrajoli: *“a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados”*. Para o mesmo autor: *“A liberdade absoluta e selvagem do Estado se subordina a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.”*⁶

No mesmo sentido, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho: *“Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações*

⁴ Consultar Peter Haberle, *Hermenêutica Constitucional*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor, 1997. Sobre a concepção de Constituição aberta, ver também Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁵ Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

⁶ Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p.338. Para Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (...) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (...) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional)”⁷.

No plano internacional, vislumbra-se a humanização do Direito Internacional e a internacionalização dos direitos humanos ⁸. Para Ruti Teitel: *“The law of humanity reshapes the discourse in international relations”* ⁹. Nesta direção, emblemática é a decisão do International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (caso Prosecutor v. Tadic, 1995): *“A State-sovereignty oriented approach has been gradually supplanted by a human-being oriented approach.”*

Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao *human rights approach (human centered approach)*.

⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

⁸ Para Thomas Buergenthal: “Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações”. (Thomas Buergenthal, Prólogo. In: Antonio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. XXXI).

⁹ Ruti Teitel, *Humanity’s Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p.225. Acrescenta a autora: “We observe greater interdependence and interconnection of diverse actors across state boundaries (...) There is interconnection without integration”. (...) What we see is the emergente of transnational rights, implying the equal recognition of peoples across borders. Such solidarity exists across state lines and in normative terms, constituting an emergent global human society.” (*Humanity’s Law*, Oxford University Press, 2011).

Esta transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano – o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano.

3. Diálogo entre Jurisdições e Controle da Convencionalidade em matéria de direitos humanos

Na ótica contemporânea o diálogo entre jurisdições revela 3 (três) dimensões:

- 1) o diálogo entre as jurisdições regionais (*cross cultural dialogue* entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos);
- 2) o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e
- 3) o diálogo entre as jurisdições constitucionais

Considerando ser o foco específico deste artigo o diálogo entre jurisdições em matéria de direitos humanos à luz do controle da convencionalidade, a análise será concentrada exclusivamente no diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais.

Justificada esta opção metodológica, será analisado, de um lado, o modo pelo qual a Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade em relação aos Estados latino-americanos e, por outro, será examinado como as Cortes latino-americanas exercem o controle da convencionalidade quando da incorporação de parâmetros protetivos, princípios e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos no âmbito doméstico.

3.1. Corte Interamericana e Controle da Convencionalidade

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente¹⁰. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos¹¹, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração européia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

¹⁰ Como observa Thomas Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p.XV). Até maio de 2011, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹¹ A respeito, ver Clare Ovey e Robin White, *European Convention on Human Rights*, 3a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p.1 e Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo, ed. Saraiva, 2012.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda¹². No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarômetro, no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor correspondendo a 45% e no México a 43%¹³.

É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos,

¹² De acordo com o ECLAC: "Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade." (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. Available at <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt> (access on July 30, 2007). No mesmo sentido, afirmam Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: "(...) In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years." (Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB "Seminar on Social Cohesion in Latin America," Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Acessar: <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>, Julho 2007. Consultar ainda ECLAC, *Social Panorama of Latin America 2000-2001*, Santiago de Chile: Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

¹³ Ver Democracy and the downturn: The latinobarometro poll, The Economist, 13 de novembro de 2008.

quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a 5 (cinco) diferentes categorias de violação a direitos humanos:

1) Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial

Esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana, que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado.

A título de exemplo, destaca-se o *leading case* – Velasquez Rodriguez versus Honduras concernente a desaparecimento forçado. Em 1989 a Corte condenou o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas¹⁴.

Outro caso é o Loayza Tamayo versus Perú, em que a Corte em 1997 reconheceu a incompatibilidade dos decretos-leis que tipificavam os delitos de "traição da pátria" e de "terrorismo" com a Convenção Americana, ordenando ao Estado reformas legais¹⁵.

Adicionem-se ainda decisões da Corte que condenaram Estados em face de precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura. Estas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os

¹⁴ Velasquez Rodriguez Case, Inter-American Court of Human Rights, 1988, Ser. C, No. 4.

¹⁵Loayza Tamayo vs. Peru case. Judgment of 17 September 1997.

responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações.

No plano consultivo, merecem menção as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala¹⁶ e da impossibilidade de suspensão da garantia judicial de habeas corpus inclusive em situações de emergência, de acordo com o artigo 27 da Convenção Americana¹⁷.

2) Violações que refletem questões da justiça de transição (*transitional justice*)

Nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.

No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas¹⁸.

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

¹⁶ Advisory Opinion No. 3/83, of 8 September 1983.

¹⁷ Advisory Opinion No. 08/87, of 30 January 1987.

¹⁸ Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru). Judgment of 14 March 2001.

Concluiu a Corte que as leis de “auto-anistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistiam configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano versus Chile*¹⁹ cujo objeto era a validade do decreto-lei 2191/78 -- que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet -- à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto lei de “auto-anistia”, por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Cite-se, ainda, o caso argentino, em que decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e obediência devida (Lei 23.521/87), adotando como precedente o caso *Barrios Altos*.

Em 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70²⁰. A Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção

¹⁹ Caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006.

²⁰ Caso *Gomes Lund and others versus Brasil*, Judgment of 24 November 2010. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso “representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a consequente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”.

Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaldou sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas invalidando leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia. Concluiu, uma vez mais, que as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

3) Violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito (*rule of law*)

Esta terceira categoria de casos remete ao desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no que se refere ao acesso à justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (2001)²¹, envolvendo a destituição de juízes, em que a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes constitucionais, o que demanda: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas.

Tal decisão contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

²¹ Aguirre Roca and others vs. Peru case (Constitutional Court Case). Judgment of 31 January 2001.

4) Violações de direitos de grupos vulneráveis

Esta quarta categoria de casos atém-se a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001)²², em que a Corte reconheceu o direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso – caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005)²³ --, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek v. Paraguai*²⁴, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos

²² Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Inter-American Court, 2001, Ser. C, No. 79.

²³Yakye Axa Community vs. Paraguay, Inter-American Court, 2005, Ser. C, No. 125.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C N. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo

direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso dos direitos das crianças, cabe menção ao caso Villagran Morales contra a Guatemala (1999)²⁵, em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de 5 meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 2 policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das das vítimas.

qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

²⁵ Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No. 63.

Adicione-se, ainda, as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças (OC 17, emitida em agosto de 2002, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos (OC18, emitida em setembro de 2003, por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (OC16, de 01 de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos direitos das mulheres, emblemático é o caso González e outras contra o México (caso “Campo Algodonero”), em que a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher²⁶. Destacam-se também relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços²⁷.

²⁶ Ver sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

²⁷A respeito, ver caso María Eugenia versus Guatemala e caso Maria da Penha versus Brasil decididos pela Comissão Interamericana.

5) Violações a direitos sociais

Finalmente, nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais. Importa reiterar que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (artigo 19, parágrafo 6º).

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, no já citado caso Villagran Morales contra a Guatemala²⁸, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso niñas Yean y Bosico versus Republica Dominicana, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: “en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el

²⁸ Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No. 63.

Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.²⁹”

No caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) versus Peru (2009)³⁰, a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (artigo 25 da Convenção Americana) e à propriedade privada (artigo 21 da Convenção), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. Em sua fundamentação, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26 da Convenção) suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não-regressividade em matéria de direitos sociais. Endossou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de que as medidas de caráter deliberadamente regressivo requerem uma cuidadosa análise, somente sendo justificáveis somente quando considerada a totalidade dos direitos previstos no Pacto, bem como a máxima utilização dos recursos disponíveis.

Há, ademais, um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a idéia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

²⁹ Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, Inter-American Court, 08 November 2005, Ser. C, N.130

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Peru, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

No caso *Albán Cornejo y otros versus Equador*³¹ referente à suposta negligência médica em hospital particular -- mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito --, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*³², concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá*³³, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru*³⁴, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso “cinco pensionistas” versus Peru³⁵, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de

³¹ *Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, Inter-American Court, 22 November 2007, serie C n. 171.

³² *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Inter-American Court, 25 November 2003, serie C n. 101.

³³ *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, Inter-American Court, 02 February 2001, serie C n. 72.

³⁴ *Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*, Inter-American Court, 24 November 2006, serie C n. 158.

³⁵ *Caso “cinco pensionistas” v. Peru*, Inter-American Court, 28 February 2003, serie C n. 98.

propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos 5 pensionistas.

Ao exercer o controle da convencionalidade, concluí-se que a Corte Interamericana, por meio de sua jurisprudência, permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais na região latino-americana; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

3.2. Cortes Latino-Americanas e Controle da Convencionalidade

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 5o, parágrafos 2º e 3º da Carta Brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Como já realçado na primeira parte deste estudo, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, expandindo o bloco de constitucionalidade.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

Neste contexto, o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e b) tendo como ponto de partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico.

Neste tópico objetiva-se identificar experiências de controle da convencionalidade exercido pelas Cortes latino-americanas em casos nos quais o fortalecimento dos direitos humanos ocorreu por meio do diálogo jurisprudencial.

A obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana e das normas internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico é realçada por uma expressiva jurisprudência regional. Cabem menção aos casos: a) caso decidido pelo Tribunal Constitucional da Bolívia, em maio de 2004 (sustenta a aplicação das normas e da jurisprudência interamericana de direitos humanos no âmbito interno); b) caso decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru, em março de 2004 (realça o sistema normativo e

jurisprudencial internacional em direitos humanos e seu valor na interpretação dos direitos constitucionais); e c) caso decidido pela Corte Suprema da Justiça da Argentina, em julho de 1992 (ênfatiza a obrigatoriedade das normas internacionais de direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico).

Outro tema de peculiar destaque regional atém-se à imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade, à invalidação de leis de anistia e ao desaparecimento forçado de pessoas como delito permanente. Neste universo despontam decisões que invalidam as leis de anistia em nome do direito à justiça e do direito à verdade, reafirmando o dever do Estado de investigar, processar e punir graves violações a direitos humanos, com a necessária observância do “jus cogens”, da normatividade e da jurisprudência protetiva internacional. Adicionam que o crime de desaparecimento forçado de pessoas tem natureza permanente e caráter continuado – o que afastaria a tese da prescrição penal.

Nesta direção, destacam-se: a) sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 24 de setembro de 2009; b) sentença do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela de 10 de agosto de 2007 (sustentando a tese de que o desaparecimento forçado de pessoas é delito permanente, sendo exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, merecendo observância as obrigações dos Estados concernentes aos tratados de direitos humanos, ainda que inexista legislação interna sobre a matéria); c) sentença da Corte Suprema de Justiça do Paraguai de 05 de maio de 2008; d) sentença da Corte Suprema de Justiça da Argentina de 02 de novembro de 1995 (apontando às conseqüências do “jus cogens” em relação aos crimes contra a humanidade).

Para este estudo, todavia, a análise do controle de convencionalidade exercido pelas Cortes latino-americanas será concentrada no estudo de casos envolvendo a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça Argentina e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Três são os fatores a justificar este critério seletivo: a) ambos países transitaram de regimes autoritários ditatoriais para regimes

democráticos; b) adotaram um novo marco jurídico (no caso, a Constituição Brasileira de 1988 e a Constituição Argentina com a reforma de 1994); e c) conferem aos tratados de direitos humanos um status privilegiado na ordem jurídica. No estudo dos precedentes judiciais, o foco será avaliar a aplicação de dispositivos da Convenção Americana e especialmente da jurisprudência da Corte Interamericana -- intérprete última da Convenção Americana.

3.2.1. Argentina

Com relação às decisões judiciais proferidas pela Corte Suprema de Justiça Argentina, até novembro de 2009, constatou-se um significativo universo de 42 decisões que conferem aplicação doméstica aos tratados de direitos humanos, em especial aos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, aplicando a jurisprudência da Corte Interamericana. Estas decisões podem ser classificadas à luz da tipologia adotada para a jurisprudência da Corte, compreendendo casos que: a) remontam ao legado do regime militar; b) invalidam leis de anistia (lei de obediência devida e do ponto final); c) tratam do fortalecimento do Estado de Direito e de suas instituições; d) protegem direitos de grupos vulneráveis (por exemplo, decisões sobre povos indígenas); e e) protegem direitos sociais (por exemplo, decisões em matéria previdenciária).

A jurisprudência desenvolvida pela Corte Suprema de Justiça Argentina expressamente reconhece que: “a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana.”³⁶

³⁶ Ver casos Giroldi H. s/recurso de casación, CSJN, julgados: 318:514 (1995); Acosta, Claudia Beatriz y otros/habeas corpus, CSJN, julgados 321:3555 (1998); e Simon, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de libertad, CSJN, julgados, S.17768, XXXVIII, (2005).

No entender do ministro Eugenio Raúl Zaffaroni da Corte Suprema de Justiça Argentina³⁷, isto se deve sobretudo à reforma constitucional de 1994 que explicitamente conferiu hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, nos termos do artigo 75, parágrafo 22. Em sua avaliação, o impacto de tal mudança foi extraordinário no sentido de fomentar a Corte Suprema a adotar desde então (1994) a normatividade internacional e sua jurisprudência, o que irradiou amplo impacto em todo Poder Judiciário e na cultura jurídica argentina. Portanto, no caso argentino, desde 1994 há a crescente abertura à ordem internacional e aos seus parâmetros protetivos. Observe-se, ademais, que a Argentina ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984, sendo que a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina foi em 1995.

3.2.2. Brasil

Desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. O pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração. A Constituição de 1988 celebra a reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos.

Embora a Constituição de 1988 seja exemplar na tutela dos direitos humanos e tenha introduzido avanços extraordinários para sua proteção, acabou por confiar a guarda do texto ao antigo Supremo

³⁷ A respeito, ver palestra proferida pelo ministro Zaffaroni no seminário “Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”, na Câmara dos Deputados, em Brasília, em 11 de junho de 2008, em painel compartilhado por esta autora.

Tribunal Federal, marcado até então por uma ótica acentuadamente privatista e por uma herança jurisprudencial de tempos ditatoriais. Vale dizer, a justiça de transição no Brasil foi incapaz de fomentar reformas institucionais profundas, a culminar, por exemplo, na criação de uma Corte Constitucional, como ocorreu em outros países (cite-se, a título ilustrativo, a Colômbia, a África do Sul, dentre outros).

Na experiência brasileira ainda persiste a polêmica a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos no âmbito interno. Em 03 de dezembro de 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário 466.343, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, convergiu em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Rompeu, assim, com a jurisprudência anterior, que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força jurídica dos tratados internacionais. Tal paridade curiosamente operava sempre em favor da prevalência da lei: lei poderia revogar tratado, mas não ser revogada por ele.

Todavia, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha convergido em atribuir um status privilegiado aos tratados de direitos humanos, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída a estes tratados, remanescendo dividido entre a tese da supra-legalidade (a ordem jurídica como uma pirâmide em que a Constituição assume o ponto mais elevado) e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos (a ordem jurídica como um trapézio em que a Constituição e os tratados de direitos humanos assumem o ponto mais elevado), sendo a primeira tese a majoritária³⁸.

³⁸ Com efeito, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 03 de dezembro de 2008, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se dividida entre a tese majoritária que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal (5 votos) e a tese que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (4 votos), nos termos do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal. Esta autora defende a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, considerando a racionalidade e

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalizadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.

Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se, até novembro de 2009, apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana n.16 de 1999³⁹; e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n.5 de 1985⁴⁰ Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, aponta que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁴¹ – enquanto que, reitera-se, apenas 2 casos remetam à jurisprudência da Corte Interamericana.

Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana – neste sentido, foram localizados 79 acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de

integridade valorativa da Constituição de 1988. A respeito, ver Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a edição, São Paulo, ed. Saraiva, 2012, p.107-145.

³⁹Ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, na Extradução n.954/2006.

⁴⁰ Ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511961.

⁴¹ Ver Virgílio Afonso da Silva, *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul*, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, ed. Lumen Júris, 2010, p.529.

jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo; dentre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal. Como analisa Virgílio Afonso da Silva: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns Tribunais de outros países, mas ignora por completo a jurisprudência dos Tribunais vizinhos”⁴², tendo a jurisprudência da Corte Interamericana ainda reduzida ressonância no âmbito interno.

Observe-se que diversamente da Argentina (que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984, sendo que a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina foi em 1995), o Brasil apenas aderiu à Convenção Americana em 1992, tendo reconhecido a jurisdição da Corte em 1998 – ainda, a primeira sentença condenatória proferida pela Corte em face do Brasil (caso Damião Ximenez Lopes) é datada de julho de 2006.

4. Controle de convencionalidade e Diálogo entre Jurisdições: Desafios para o *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos

A fim de avançar no diálogo jurisdicional regional e constitucional, fortalecendo a proteção dos direitos humanos, mediante o controle da convencionalidade exercido tanto pela Corte Interamericana, como pelas Cortes latino-americanas, destacam-se 7 desafios centrais para o *ius commune* latino-americano:

⁴² Ver Virgílio Afonso da Silva, *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul*, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, ed. Lumen Júris, 2010, p.530.

1) *Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA*

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização, é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados latino-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos humanos, o que se converte em um ponto de partida para a composição de um *“ius commune”*.

2) *Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica*

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

É neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos status hierárquico constitucional.

Faz-se fundamental transitar da pirâmide jurídica hermética fundada no *State approach* para a permeabilidade do trapézio jurídico fundado no *Human rights approach*.

A emergência deste novo paradigma demanda o desafio de projetar uma nova visão do Direito, o que requer profundas transformações no ensino jurídico, na metodologia jurídica e na pesquisa.

3) *Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade*

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade. Sobre o tema, instigante estudo de Néstor P. Sagues, acerca da “Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”⁴³, propõe uma classificação baseada em 4 categorias de controle de convencionalidade: a) admissão expressa (com destaque à Argentina); b) admissão tácita (com destaque à Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia); c) silêncio (com destaque ao Equador, Brasil, México e Colômbia); e d) negação tácita (com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável uma sentença da Corte Interamericana, encorajando o poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18 de dezembro de 2008 (caso “Apitez Barbera”).

⁴³ Ver “Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”, encuesta realizada por Néstor P. Sagués, noviembre de 2010. Este estudo foi apresentado no simpósio “Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius commune* latinoamericano”, no Max-Planck-Institute, em Heidelberg, em 25 de novembro de 2010.

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana: *“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”*.⁴⁴

O controle de convencionalidade contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatorias de

⁴⁴ Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006. A título ilustrativo, em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.153, em 29 de abril de 2010 -- que manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes -- afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro”, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis no âmbito doméstico.

4) Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a adoção de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos humanos.

5) Dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento

Fortalecer o diálogo entre os sistemas regionais interamericano e europeu surge como especial estratégia para o aprimoramento mútuo dos sistemas regionais.

A partir do diálogo inter-regional será possível identificar as fortalezas, potencialidades, bem como as debilidades e limitações de cada sistema, permitindo intercâmbios voltados ao refinamento de cada sistema. Verifica-se o crescente diálogo entre os sistemas, com referências jurisprudências recíprocas, culminando nos processos de “interamericanização” do sistema europeu e “europeização” do sistema interamericano, na medida em que as agendas de violação de direitos humanos – ainda que diversas – passam a apresentar similitudes. A título

ilustrativo, cabe menção aos graves casos de violação de direitos humanos decorrentes da inserção dos países do leste europeu no sistema europeu – cuja jurisprudência alude aos paradigmáticos casos julgados pelo sistema interamericano envolvendo graves violações de direitos. Por sua vez, o sistema interamericano passa a enfrentar temas inovadores, como é o caso da primeira sentença proferida pela Corte Interamericana em caso envolvendo discriminação por orientação sexual (caso Atala Riffo y hijas versus Chile, sentença de 24 de fevereiro de 2012) – temática enfrentada pelo sistema europeu desde a década de 80.

6) Aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno

Para Antonio Augusto Cançado Trindade: *“O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação.”*

Com efeito, faz-se fundamental aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito doméstico, seja assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, seja reforçando a capacidade fiscalizadora e sancionatória dos sistemas regionais.

7) Dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais

Identificar as *best practices* regionais organizando e sistematizando um repertório de decisões emblemáticas em matéria de direitos humanos no âmbito latino-americano surge como relevante medida para fortalecer o controle de convencionalidade e o *ius commune* regional em matéria de direitos humanos.

Para Julie Allard e Antoine Garapon (Os Juízes na Mundialização), *“o comércio entre os juizes vai-se intensificando, impelidos por um sentimento ou consciência crescente de um patrimônio democrático ou*

civilizacional comum. Os juizes afirmam-se como agentes de primeiro plano na mundialização do direito em uma sociedade de tribunais”.

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supra-nacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos humanos. Por outro lado, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e standards protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos humanos na região.

Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar na interação entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, mediante o fortalecimento do controle da convencionalidade e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹

Luiz Guilherme Arcaro Conci²

Resumen: El artículo presenta la cuestión de las relaciones entre los jueces de la Suprema Corte Brasileña (Supremo Tribunal Federal) y decisiones proferidas por otras cortes nacionales de países diversos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entiende que él dialogo en verdad es mera manifestación de apoyo de que se utilizan los jueces para fundamentar sus decisiones sin que exista una referencia crítica a esos fallos. Además, no existe aplicación ni de la doctrina del control de convencionalidade o del bloque de convencionalidade que construye la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Introdução

A América Latina, hoje, passa por um processo bastante próprio de integração por intermédio dos direitos humanos. Nessa perspectiva, a análise que tentarei me focar será exclusivamente substancial, ou seja,

¹ O presente artigo é fruto de participação em seminário "El diálogo entre jurisdicciones, el desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar", realizado na Universidad Andres Bello nos dias 22, 23, 24 de outubro de 2013, em Santiago, Chile.

² Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(PUC-SP). Professor do Mestrado e Doutorado da Unisantos. Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo. Doutor e Mestre em Direito(PUC-SP), com estancia de estudos pós-doutorais no Instituto de Derecho Parlamentar da Universidad Complutense de Madrid. Consultor Jurídico e Presidente da Coordenação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

nesse processo de integração com o aprofundamento da utilização dos direitos humanos como instrumentos centrais de um processo de aproximação entre estados nacionais, e suas ordens jurídicas, com o objeto essencial de proteção da pessoa humana.

Não desprezo a existência, ao lado dessa vertente substancial, de outra formal ou estrutural, que também ocorre, em nosso continente, mediante a formação de blocos regionais (MERCOSUL³, Comunidade Andina de Nações, Aliança do Pacífico, Sistema de Integração Centro-Americana, Nafta e UNASUL). Apesar de se aproximarem a partir de blocos, nenhum desses têm uma carta de Direitos Humanos própria.

Essa integração que se discutirá ocorre mediante um processo discursivo e não estrutural⁴ ou mediante um processo de aproximação substancial e não formal, como prefiro.

Para isso, como se verá, questões como hierarquia de tratados internacionais de direitos humanos, no âmbito interno, ou a possibilidade de sua declaração de inconstitucionalidade, como veremos, não jogam um papel central nesse processo.

Há, sim, uma integração que ocorre mediante a utilização da doutrina de estados que formam esse ambiente interamericano, da

³ Ainda que se tenha notícia da Declaração Sociolaboral do Mercosul de 10 de dezembro de 1998, da Carta Buenos Aires sobre Compromisso Social de 30 de junho de 2000, do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, Decreto n. 7.225 de 1º de julho de 2010 - para cooperação em casos de graves e sistemáticas violações de direitos humanos em situações de crise institucional ou durante a vigência de Estados de Exceção - ou mesmo a recente atuação do Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos do Mercosul perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos - em pedido de opinião consultiva relativa a crianças migrantes - ou ainda da existência do Instituto Social do Mercosul ou mesmo de iniciativas da esfera da sociedade civil ou a aprovação pelo Conselho do Mercado Comum de um Plano Estratégico de Ação Social em junho de 2011 e ainda que os Estados-Partes tenham que apresentar informes de direitos humanos no Parlamento do Mercosul, não dispõe o Mercosul de tratado específico no tema.

⁴ Silva, Virgílio Afonso da. "Integração e diálogo constitucional na América do Sul" In: Bogdandy, Armin von, Piovesan, Flávia e Antoniazzi, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 528.

observação da legislação (Constituição, leis, atos administrativos, etc.) e também, para o que nos interessa, mediante um diálogo interjurisdicional em que o Poder Judiciário dos estados nacionais dialoga com outras estruturas judiciais de estados outros, e, mais ainda, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, o tema que nos interessa, nesse momento, é perceber como ocorre esse processo de integração por intermédio dos direitos humanos, especialmente quando a passar pelas mãos dos juízes, tanto nacionais quanto internacionais.

Existe, por trás de toda a questão que envolve o diálogo entre juízes, algo que diz respeito a se perceber que, contemporaneamente, há uma espécie de circulação de ideias e de problemas, no contexto mundial⁵, que deve levar ser levada em conta, também, pelos juízes quando enfrentam problemas e devem decidir sem descuidar de se perceberem não unicamente como parte de uma comunidade de intérpretes do direito no plano nacional. Mas, sim, como parte de um processo em que questões e problemas podem ser próximos, bem assim as regulações jurídicas ao seu respeito. Estar atento e com uma mentalidade aberta para o modo como decide outro tribunal de outro estado nacional ou outro tribunal internacional deve ser parte das preocupações daqueles que têm no processo judicial não somente um conflito a resolver, mas um elemento que faz parte de uma grande conjugação de questões que merecem levar em conta os erros e acertos daqueles que já tiveram em suas mãos tais questões.

Para esse estudo, focar-me-ei especialmente na relação entre os juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os juízes do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

⁵ Nesse sentido, Carbonell, Miguel e Jaramillo, Leonardo Garcia. *Desafios y retos del canon constitucional*, in: Carbonell, Miguel e Jaramillo, Leonardo Garcia(eds). Madrid: Trotta, 2010, pp. 11-28.

1. A superação da dualidade monismo-dualismo

Em matéria de direitos humanos deve prevalecer uma perspectiva substancialista da proteção da pessoa humana, não mais bastando clássicas separações como monismo e dualismo, visto que também aqui se parte de uma perspectiva formal ou estrutural. Isso porque não se trata da necessidade de intermediação estatal para a imposição de tal ou qual norma jurídica derivada do direito internacional ou, de outro lado, da pura ou simples imposição da norma jurídica de direito internacional.

A centralidade do constitucionalismo da pessoa humana, inaugurado no pós-guerras, fez com que também o estado e as instituições internacionais deixassem de se focar em análises meramente estruturais para aplicação do direito para se entenderem no sentido de que a pessoa humana, como centro das atenções desse constitucionalismo renovado, deve ser prestigiada, independentemente da origem das normas para a sua proteção, deve ser o objeto central da proteção estatal⁶.

Cançado Trindade⁷ sobre o tema afirma:

⁶ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Edição. Almedina, Coimbra, 1998, p. 298; Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet. "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988." 9 ed. *Rev. Atual*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 297.

⁷ Cf. Trindade, Antonio Augusto Cançado. "O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos." In: Fix-Zamudio, Hector. *México y las declaraciones de derechos humanos. Cidade do México*. UNAM, Ciudad de Mexico, 1.999, p. 45; e cf. Trindade, Antonio Augusto Cançado. *Desafíos de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo xx*. In *Seminario sobre Derechos Humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1997, p. 71.

Também com alguma diferença, César Landa diz que "frente a los inconvenientes dogmáticos y prácticos derivados de las tesis monistas y dualistas, la posición constitucional de los tratados viene asumiendo una opción mixta, a través de la tesis de coordinación. Esta última caracteriza al derecho internacional como un derecho de integración, sobre la base de la responsabilidad internacional. Así en función de dicha responsabilidad ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano

“(…) no contexto da proteção dos direitos humanos a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma interação entre os direitos internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável aos seres humanos protegidos, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”.

Ainda o autor:

“también las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno han sido enfocadas *ad nauseam* a la luz de la polémica clásica, estéril y ociosa, entre dualistas y monistas, erigida sobre falsas premisas. En la protección de sus derechos, el ser humano es sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de personalidad y capacidad jurídicas propias. Como se desprende de disposiciones expresas de los propios tratados de derechos humanos, y de la apertura del derecho constitucional contemporáneo a los derechos internacionalmente consagrados, no más cabe insistir en la primacía de las normas del derecho internacional o del derecho interno, por cuanto el primado es siempre de la norma –de origen internacional o interna- que mejor proteja los derechos humanos, de la norma más favorable a las víctimas. Constátase hoy, en

internacional, sino su armonización fundamentándose en un neoiusnaturalismo integrador” cf. Landa Arroyo, César. *Constitución y fuentes del derecho*. Palestra, Lima, 2006, pp. 118-119.

efecto, la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a la protección de la persona humana, cabiendo, pues, desarrollar esta alentadora coincidencia hasta sus últimas consecuencias”

Escalante⁸, nesse sentido, aponta:

”Esto mismo, unido a la naturaleza universal e indivisible de los derechos humanos, caracterizados precisamente por su atribución a todo ser humano por el sólo hecho de serlo, sin distinción de sexo, edad, color, riqueza, origen nacional o social, nacionalidad o ninguna otra condición social, impone definitivamente la superación de toda pretensión dualista para explicar la relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional. Porque, efectivamente, la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos sobre un mismo objeto resulta lógicamente imposible; con lo cual va perdiendo a su vez, todo sentido, no sólo la clásica alternativa ‘monismo’ y ‘dualismo’ en la consideración de las relaciones entre el Derecho interno y el Internacional, sino incluso la discusión sobre la prevalencia de uno u otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta matéria prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe, a mi juicio, decirse mejor, en realidad no prevalece ni

⁸ ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos el ejemplo de costa rica, *in* Liber amicorum : Héctor Fix Zamudio : volume I. Sao José, CIDH, 1998, p. 183.

uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del ‘principio *pro homine*’ propio del Derecho de los Derechos Humanos”

Como se percebe há um enlace⁹ entre normas que provém de um direito constitucional que se abre ao direito internacional, especialmente dos direitos humanos, e como ele forma um emaranhado de normas jurídicas que giram em torno da proteção da pessoa humana.

Assim, verifica-se que esse processo de abertura do constitucionalismo também para o plano internacional muda o foco central de análise: das estruturas para a matéria; do Estado para a pessoa humana.

2. O diálogo entre cortes e o seu potencial legitimador para decisões que protegem a pessoa humanos

Esse diálogo de ordem transnacional exige que as cortes nacionais e internacionais se percebam como atores de um processo de integração em matéria de direitos humanos, trocando experiências, teorias e modos de interpretar dispositivos.

Tudo isso passa pela necessidade de se enfrentar um paradigma que o constitucionalismo vem construindo já há algumas décadas que exige um relacionamento aberto entre ordens jurídicas internas (domésticas) e internacionais.

Nesse sentido, os direitos humanos no plano internacional devem funcionar como não somente conformadores dos textos constitucionais como a nortear o processo decisórios dos juízes nacionais.

Sobre o tema, Kumm afirma que:

⁹ Ver, nesse sentido, o trabalho já clássico de Haberle, Peter. *Pluralismo y Constitución. – estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 276 e ss.

“Eles (direitos humanos) funcionam para guiar e restringir o desenvolvimento da prática constitucional doméstica. Além de ter desempenhado um importante papel no *delineamento* das constituições nacionais nas últimas décadas, tratados de direitos humanos também desempenham um papel central no contexto de *interpretação* das disposições nacionais. Eles são referidos como uma autoridade persuasiva. Há uma boa razão para tanto. Tratados internacionais de direitos humanos estabelecem um ponto comum de referência negociado por um grande número de Estados transpondo culturas. Dada a pluralidade de atores envolvidos em tal processo, há vantagens epistêmicas em se comprometer com direitos humanos internacionais ao se interpretarem disposições constitucionais nacionais. Tal comprometimento tende a ajudar a desenvolver a prática constitucional doméstica, ao despertar a consciência para as limitações cognitivas relacionadas ao paroquialismo nacional. Ao mesmo tempo, tal comprometimento com o direito internacional de direitos humanos ajuda geralmente a fortalecer a cultura internacional de direitos humanos”.¹⁰

Ainda segundo Kumm os tratados internacionais de direitos humanos podem influenciar a interpretação do direito doméstico de dois modos: fraco e forte.

¹⁰ Cf. Kumm, Mattias. “Constitutional Democracy Encounters International Law: terms of engagement.” *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 47, pp. 24-25, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952023

De um modo fraco¹¹, eles fornecem referenciais decisórios para um comprometimento deliberativo, incorporando novos argumentos para o discurso exposto, de forma a confirmar o julgamento ou a despertar a atenção para o problema. Somente para exemplificar essa vertente, podemos encontra-la no julgamento da Extradicação 1126, no qual o Min. Celso de Mello chamou a atenção dos outros ministros para a nulidade absoluta que pode ser gerada no processo, em caso de desrespeito ao art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (assistência consular ao estrangeiro preso fora de seu país).

Na forma forte, os tratados devem ser levados em consideração na interpretação do direito nacional, seja porque a própria Constituição determina isso, seja porque existe uma presunção de que o direito nacional não pode ser interpretado de modo conflitante com o internacional. Vejam-se, por exemplo, o art. 16.2 da Constituição Portuguesa, o art. 5º da Constituição Chilena, o art. 93 da Constituição Colombiana e o art. 75.22 da Constituição Argentina.

Na realidade, o que se verifica é que o estado nacional – e suas autoridades - cada vez mais se inteiram de uma realidade em que não somente se deve perceber o espaço interno como *locus de autoridade constitucional*¹² mas que se estabelece uma relação não hierárquica entre o espaço interno e o internacional, de modo a compartilharem decisões em matéria de organização estatal e direitos humanos.

Trata de um ambiente em que esse pluralismo constitucional principalmente aponta uma dimensão normativa, em que existem múltiplos níveis de discurso constitucional e autoridades em que deve haver um reconhecimento mútuo entre espaços e órgãos situados tanto

¹¹ Op. cit., p. 26 e ss.

¹² Walker, Neil.(ed), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, 2003 p. 4: “is a position which holds that states are no longer the sole locus of constitutional authority, but are now joined by other sites, or putative sites of constitutional authority, most proeminently (though by no means exclusively) and most relevantly for present purposes those situated at the supra-state level, and the relationship between state and non-state sites are better viewed as heterarchical rather than hierarchical” .

interna quanto internacionalmente de modo que haja interpenetração de suas decisões e posições.

Implica isso também em entender que no momento atual do constitucionalismo há que se superar modelos cerrados por fronteiras nacionais para uma abertura crítica para o debate entre autoridades que decidem no plano interno e internacional.

Nesse sentido, Silva¹³ aponta que:

“O constitucionalismo - e a interpretação constitucional - não são apenas questões estritamente nacionais porque os problemas são internacionalmente comuns, e muitas vezes as realidades e as experiências jurídicas também o são. Nesse sentido, é possível afirmar que mesmo que não houvesse no mundo nenhum órgão (ou tribunal) supranacional, a integração, por meio do livre fluxo de ideias, poderia ser riquíssima e intensa”.

Interessa pensar que se pressupõe, assim, que muitos problemas a serem resolvidos por uma ou algumas autoridades são comuns a outras que exercem suas funções tanto em tribunais domésticos de estados nacionais diversos quanto em tribunais internacionais. E que, muitas vezes, decidiram anteriormente problemas idênticos ou muito parecidos. Temas como liberdade de expressão, de crença, direitos de gênero, liberdades religiosas, dentre tantos outros são exemplos de questões que afetam não somente as cortes nacionais mas também os tribunais internacionais.

¹³ Cf. Silva, Virgílio Afonso da. “Integração e diálogo constitucional na América do Sul.” In: Bogdandy, Armin von, Piovesan, Flávia e Antoniazzi, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 530.

Isso me parece bastante interessante. É um ponto em que verificamos como os aplicadores do direito se distanciam dos membros de outras comunidades científicas, como os matemáticos, os administradores, os engenheiros, os contabilistas, dentre outros, que ainda que a negar o decidido em outros espaços geográficos não se negam a analisar e discutir o que se decide. A interagir de forma mais aberta.

Além disso, não há como fugir da realidade que coloca a pessoa humana, e não o estado, como centro e objetivo da proteção por parte do direito. Ou seja, tanto interna quanto internacionalmente, a pessoa humana é o fundamento de toda a ordenação jurídica dos direitos humanos.

Importa afirmar inicialmente que a utilização de argumentos advindos de outras cortes, nacionais ou internacionais, não demanda necessariamente subserviência pois não se deve estabelecer esse contato segundo uma perspectiva vertical e sim horizontal. A utilização do que decidido por outra corte pode levar a um reconhecimento da total concordância, da parcial concordância ou da total discordância.

Aliás, esse último ponto é algo que precisa ser notado. Diálogo não significa aceitação do que decide outra corte. Pode levar justamente ao contrário (Diálogo negativo), negando-se a correção do decidido por outra corte ou confrontando-se os fundamentos utilizados de modo a atacar a higidez da decisão comentada.

A legitimação do diálogo se afirma a partir do reconhecimento por parte da comunidade jurídica, especialmente, mas não somente dela, de que há um processo exaustivo de argumentação levado a cabo pelos tribunais e que também os argumentos advindos de cortes alienígenas podem fazer parte de uma decisão, ainda que contrária ao que decido para além das fronteiras do estado nacional.

Além disso, o reconhecimento de que as questões tormentosas em matérias de direitos fundamentais/direitos humanos passam pelas mãos dos juízes exige esse olhar mais estrito a respeito do que e como

decidem estas autoridades, que decidem em meio a níveis distintos de normatividade interna e internacional¹⁴. Essa é uma exigência de um constitucionalismo democrático que não somente legitima os juízes tomar decisões segundo o reconhecimento de há criação de direito na atividade decisória das cortes, ou seja, trata-se de atividade que não se limita a interpretar literalmente dispositivos mas que exige que a decisão seja cercada de argumentos econômico-financeiros, políticos, de relações internacionais, sociais, culturais, étnicos, dentre outros.

Como se isso não bastasse, tal processo decisório, que tem atividade criativa envolvida, passa também pela necessidade de que tais autoridades ponderem os efeitos de suas decisões para a sociedade, é dizer, que a repercussão econômico-financeira, política, de relações internacionais, social, cultural, étnica, dentre outras, seja também analisada pelos tribunais.

Por tudo isso, o diálogo entre cortes também funciona como um modo de interação entre órgãos que tem em suas mãos o potencial de tomar decisões que afetam milhares de pessoas e podem mudar radicalmente a trajetória da proteção de seus direitos de um momento para outro.

Entender não somente os processos decisórios mas os resultados das decisões tomadas é algo que exige acurada sensibilidade por parte dos juízes.

3. Breves apontamentos sobre as modalidades de diálogo que podem se apresentar

A interação entre os tribunais pode ocorrer de modos bastante diversos.

¹⁴ De Vergottini, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*. Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 36-37.

Deixando de tomar a ausência de diálogo como um modo de relacionamento, acreditando que esse fenômeno hoje é quase inexistente no constitucionalismo ocidental, podemos, inicialmente, dividir a disposição dos tribunais em 3 grupos. Os tribunais abertos ao diálogo; os tribunais medianamente dialogantes; e os tribunais reticentes ao diálogo¹⁵.

Os primeiros seriam aqueles que veem na jurisprudência tanto de outros tribunais nacionais quanto internacionais significante material para o processo de fundamentação de suas decisões, percebendo tais elementos como fórmulas consideráveis para legitimar o que decidem por tratarem de temas que são concomitantemente veiculados.

Os segundos seriam aqueles que, apesar de perceberem a jurisprudência alheia como importantes elementos, não têm o costume de utilizá-la corriqueiramente e não sentem falta disso tendo em vista que não entendem necessário um aprofundamento de seus julgados com esse material estrangeiro, que lhes serve algumas vezes.

Os últimos seriam aqueles que se posicionam de forma muito receosa quanto aos impactos dessa jurisprudência em seus julgados, de forma a não terem-na como elementos importantes no processo de legitimação de suas decisões. Mantém um olhar cerrado a respeito do processo de legitimação ainda autorreferente de suas decisões.

Ainda é possível se apontar a necessidade de se fazer uma leitura da importância com que essas decisões são utilizadas pelos tribunais nacionais, ou como essa interação entre cortes ocorre. Subdividimos essa

¹⁵ No que se refere ao relacionamento entre juízes, pode-se também estipular graus diferentes de interação, como dos “juízes que rechaçam”, que “conhecem mas não se utilizam”, os que “somente mencionam” e os que “utilizam corretamente o direito estrangeiro e a comparação”, cf. De Vergottini, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*. Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 36-37. Há uma outra classificação interessante (tribunais dialogantes, tendencialmente ou potencialmente dialogantes e os reticentes ao diálogo) em Ragone, Sabrina In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, n. 16, julio-diciembre /2011. Disponível em <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/ReDCEportada16.htm>.

interação em três grupos. O primeiro, o da subserviência; o segundo, o da interação aberta; e o último, o da bricolagem.

A subserviência entre tribunais ocorre quando um deles observa a outro tribunal como um norteador dos seus julgados, seguindo-o de forma incontestada. Não se dispõe a contestar os argumentos ou a coerência da sua utilização. Somente tem como vinculante o nascedouro da decisão.

A interação aberta é outra forma de diálogo. Os tribunais trocam experiência no tempo, observando o fazer um do outro, o modo como vem tratando de temas que são objeto de suas decisões, para construir um processo de fundamentação em rede. Este tipo de processo vem ocorrendo na América Latina com a interação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e tribunais da Colômbia, do México, da Costa Rica e da Argentina, principalmente.

O último grupo é o da *bricolagem*. As citações dos outros tribunais ocorrem sem qualquer adaptação ou desenvolvimento de argumentos, são meras referências que operam no campo numérico (mais citações, mais pesquisa ou erudição) mas que servem, ao final, como meros apoios unilaterais ao que se pretende decidir. Às vezes, inclusive, são desnecessárias, equivocadas ou mesmo superadas nos tribunais de origem. Nesse sentido, *bricolage* faz com que:

“él intérprete, a partir de una actitud de apertura y predisposición a identificar fuentes normativas que le auxiliem en el proceso de tomada de decisión, recurre a experiencias extranjeras de manera más o menos aleatoria. En ese último enfoque, el magistrado desarrolla el trabajo de ‘ofrecer razones’ como un *bricoleur*”¹⁶.

¹⁶ Figueiredo, Marcelo. “Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Ano 3, número 12, outubro/dezembro de 2009. Fórum, Belo Horizonte: 2009.

Essas classificações, que não têm a pretensão de esgotar o enfrentamento do tema, servirão, mais à frente, para analisar o modo como o STF estabelece contato com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.

4. O controle de convencionalidade como elemento útil para um contato dialogante entre cortes

Importa ainda apontar a necessidade de que se tenha a relação entre o direito interno e o direito internacional baseada não somente em perspectiva dialogante, mas que, ainda, se verifique de que modo essa relação deve ocorrer.

Inegavelmente, foi a partir da temática da hierarquia dos tratados internacionais que tal matéria entrou na gramática dos constitucionalistas. O tema da hierarquia dos tratados internacionais tomou quase que a totalidade da bibliografia do Direito Internacional dos Direitos Humanos durante largo espaço de tempo, especialmente, no Brasil, por consequência dos excelentes trabalhos de Cançado Trindade¹⁷, Flávia Piovesan¹⁸ e Clèmerson Cleve¹⁹, que divulgaram temas até então pouco explorados no nosso ordenamento jurídico, fora do círculo dos internacionalistas. Fez-se, assim, com que a normatividade dos tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, se alastrasse pela consciência jurídica brasileira, de modo que os acadêmicos e os aplicadores do direito prestassem atenção para uma abertura constitucional produzida principalmente a partir da Constituição de 1.988, especialmente, em seus artigos 4º e 5º, §2º.

¹⁷ Trindade, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Safe, Porto Alegre, 2.003, pp. 513-514.

¹⁸ Principalmente, a partir da sua tese de doutoramento publicada pela editora Max Limonad, de São Paulo, em 1.996.

¹⁹ Clève, Clèmerson Merlin. "Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade." *Revista dos Tribunais*, n. 736, RT, São Paulo, 1997, p. 527.

Esse trabalho hercúleo produziu uma nova consciência jurídica nacional em sede de direitos, sejam fundamentais, sejam humanos, que, a meu ver, não mais se distinguem quanto à carga normativa da cada qual, podendo essa diferenciação unicamente sobreviver para dizer da fonte de cada qual: se de tratados, estar-se-ia a falar em direitos humanos, se da Constituição, de direitos fundamentais.

Como se percebe, sem essa evolução, não seria possível discutir-se a necessidade de se fortalecer o debate substancial firmando critério para tanto.

Como se verá mais adiante, ao adentrar no sistema interamericano de direitos humanos, e, especialmente aceitar a jurisdição da Corte IDH, ocorreu que o estado nacional brasileiro aceitou, expressamente, se submeter às decisões dessa corte (Decreto 4.463 de 08 de novembro de 2002). E as decisões dessa corte, consolidadas, têm avançado não somente em matéria processual, mas também em matéria substancial, é dizer, para essa Corte IDH, a questão da hierarquia dos tratados internacionais em espaço nacional, seja qual for, em nada impede que seus precedentes sejam obrigatórios para os estados nacionais. Isso porque esse relacionamento entre direito internacional dos direitos humanos e direito interno exige que se concretize a partir de alguns critérios hermenêuticos como *pacta sunt servanda*²⁰, efeito útil e, especialmente, o princípio *pro homine*, a respeito do qual Monica Pinto²¹ afirma:

²⁰ Trindade, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Safe, 2.003, pp. 551-552.

²¹ Pinto, Monica. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para La regulación de los derechos humanos." In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editorial del Puerto, Buenos Aires, Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 163. Também Escalante, Rodolfo E. Piza. "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos el ejemplo de costa rica", in Héctor Fix Zamudio (org.) *Liber amicorum*: volume I. Sao José, CIDH, 1998, p. 183: "Esto mismo, unido a la naturaleza universal e indivisible de los derechos humanos, caracterizados precisamente por su atribución a todo ser humano por el sólo hecho de serlo, sin distinción de sexo, edad, color, riqueza, origen nacional o social, nacionalidad o

“El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando “se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.

Em tema de controle de convencionalidade, o princípio *pro homine*, como se viu, impõe-se, pois se vive um momento em que se reforça o argumento da necessidade de se entender de forma aprofundada, caso a caso, qual a norma mais protetiva ao indivíduo, se a nacional ou a internacional, devendo prevalecer aquela que for mais expansiva, independentemente do *status* hierárquico interno que adquirem tratados internacionais de direitos humanos²².

Trata-se de norma jurídica que decorre do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, no que diz respeito tanto ao conflito de interpretações que pode decorrer dos tratados e instrumentos

ninguna otra condición social, impone definitivamente la superación de toda pretensión dualista para explicar la relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional. Porque, efectivamente, la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos sobre un mismo objeto resulta lógicamente imposible; con lo cual va perdiendo a su vez, todo sentido, no sólo la clásica alternativa ‘monismo’ y ‘dualismo’ en la consideración de las relaciones entre el Derecho interno y el Internacional, sino incluso la discusión sobre la prevalencia de uno u otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe, a mi juicio, decirse mejor, en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del ‘principio *pro homine*’ propio del Derecho de los Derechos Humanos”.

²² Trindade, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. II. Safe, Porto Alegre, 1999, p. 435.

internacionais²³, sejam do sistema regional ou do sistema global de proteção de direitos humanos, sejam dos tratados ou instrumentos e dos direitos fundamentais previstos nacionalmente, nos estados partes do sistema interamericano de proteção de direitos humanos²⁴.

Assim, faz-se necessária uma análise aprofundada de conteúdo do que decidiu a Corte IDH ou do que contém um tratado ou instrumento internacional de direitos humanos para que seja o juiz nacional, seja o juiz da Corte IDH, ou outras autoridades que tenham a função de administrar justiça²⁵. Todos devem aplicar o direito convencional. Trata-se de um

²³Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC/5, 13 de noviembre de 1985, par. 52: “En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.

²⁴ “Artigo 29 - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

²⁵ Dentre tantos outros julgados, cf. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013: “Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones

diálogo crítico^{26_27} necessário, em que haja reciprocidade, pois caso a proteção a um direito seja mais efetiva em âmbito nacional, esta deve prevalecer, ainda que existam precedentes da Corte IDH ou normas jurídicas derivadas de tratados ou outros instrumentos internacionais²⁸.

procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Mais adiante afirma “Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.

²⁶ “Sin embargo, en un plan general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquélla tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional. Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquéllos en nuestro espacio regional, cf. Abramovich, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, CELS - Canadian International Development Agency, Buenos Aires, 2007, pp. VI/VII.

²⁷ Slaughter, citando a juíza da Suprema Corte Americana Ruth Ginsburg, afirma que em “matéria de direitos humanos (...) as experiências de uma nação ou região devem inspirar ou informar outras nações ou regiões”, cf. Slaughter, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”. *Harvard International Law Journal*. v. 44, n. 1, 2003, p. 199.

²⁸ Nesse sentido, Ramirez, Sergio Garcia. “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, no 28, julho-dezembro de 2011, p. 139: “...corresponde aclarar – como se ha hecho em otro lugar de este trabajo – que las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos – instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de jurisdicción interna – que

Por outro lado, caso a Corte IDH esteja a decidir um caso em que se analisa a proteção de um direito em âmbito nacional se dá de modo mais eficiente que aquele derivado do sistema americano de direitos humanos, ela deve se abster de declarar inconveniente o ato nacional em análise²⁹.

Interessa afirmar, ainda, que a Corte IDH tem procedido a essa tentativa de diálogo com as mais altas cortes nacionais nos mais variados temas. Isso pode ser visto em diversos julgados, quando o tribunal, em suas fundamentações, busca as interpretações que têm sido dadas ao tema de fundo por tais cortes nacionais. Para exemplificar, com um caso brasileiro, isso fica patente em *Gomes Lund v. Brasil* em que se afirma as posições de diversos tribunais nacionais sobre o tema das leis de anistia existentes no Uruguai, Chile, El Salvador, Peru, Argentina e Haiti³⁰.

Esse paradigma se constrói por sobre a perspectiva de que é a pessoa humana, e não o Estado-parte, quem suporta como fundamento e para onde confluem como destinatários os objetivos de tutela do direito internacional dos direitos humanos³¹ e, nesse sentido, sendo a tutela das

reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El derecho internacional de los derechos humanos es el 'piso' de los derechos, no el 'techo'. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana”.

²⁹ Também Bazan, Victor. “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2011 : “En el fondo, y como se adelantaba, la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales no apunta a generar una relación de jerarquización formalizada entre éstos y aquéllos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos humanos*”.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Gomes Lund y otros* (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) vs. Brasil Sentencia de 24 de noviembre de 2010. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³¹ A Corte IDH desde há muito assim decidiu em Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982: "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección

liberdades dos indivíduos o fim último de qualquer sistema jurídico. Importa mais o *como* se protege, a intensidade da proteção, do que o *locus* ou a fonte de onde deriva a proteção. O princípio *pro homine* exige que se interpretem os direitos humanos de modo mais extensivo, quando a se falar em proteção, participação ou provisão, e, de outro lado, de modo mais restritivo, quando se trate de eventuais restrições a direitos. Monica Pinto afirma que “este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”³².

Esse posicionamento, como se vê, respeita a perspectiva de que inexistente relação vertical entre a Corte IDH e os tribunais nacionais, pois parte do pressuposto de que não existe supremacia hierárquica automática das decisões tomadas pela Corte IDH em detrimento daquelas nacionais³³. Trata-se também de um modo outro de se rotular a questão da limitação ou alteração da soberania do Estado, pois não há que se falar em soberania quando o centro do sistema protetivo está no indivíduo e não no

de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Também apontando essa mudança de perspectiva, MacGregor, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional*, p.159, disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>.

³² Pinto, Monica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.” In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editorial del Puerto, Buenos Aires, Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 163.

³³ Tal qual decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru no caso EXP. N2730-2006-PA/CT — 21 de julho de 2006 - Caso De Arturo Castillo Chirinos: “15. Lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una *relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales*. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribire a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte”.

próprio Estado. Não há soberania bastante para proteger com déficit os direitos fundamentais ou humanos da pessoa humana³⁴ _³⁵.

Há, sim, prevalência da norma jurídica, nacional ou internacional, que visa a proteger o indivíduo de modo mais eficaz, tanto sob as normas jurídicas derivadas de textos normativos quanto, em caso de conflito de decisões de tribunais, sob aqueles mais protetivos. Sobre esse tema, Monica Pinto, a respeito do direito argentino, mas totalmente aplicável nesse sentido ao direito brasileiro, afirma que nada obsta que no “ámbito interno puedan consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales. Aún las sentencias judiciales que reconozcan un alcance de protección más amplio deberían

³⁴ Nesse sentido, também, Landa, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”, in Bazán, Víctor e Nash, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela – 2009*. Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

³⁵ “El deber de garantía del derecho a la salud a través de la prestación de servicios de salud. Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional”, Colombia, 5 de junio de 2008, in *Revista Diálogos Jurisprudenciales*, Núm. 7 Julio-Diciembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México, 2010, p. 117: “Abarca, también, la posibilidad de *complementar* las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico interno a favor de los derechos constitucionales con aquellas previstas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Lo anterior supone, desde luego, la aplicación del principio *pro homine*, esto es, las normas han de *complementarse* de manera tal, que siempre se amplíe la protección prevista en el orden jurídico interno y no se disminuya. En el evento en que la norma que se desprende del Tratado internacional sea más restrictiva, se aplicará de preferencia la norma de derecho interno. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 94 superior, así como de lo consignado en el artículo 44 de la Constitución Nacional —sobre los derechos de los niños y de las niñas— la obligación de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia contiene, de igual modo, la posibilidad de *adicionar* el ordenamiento jurídico interno con nuevos derechos siempre, claro está, bajo aplicación del principio *pro homine* mencionado atrás”.

prevalecer, especialmente las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se refieren al contenido de las normas de derechos humanos”³⁶.

Prevalece uma perspectiva substancialista dos direitos humanos, não mais bastando a separação entre monismo e dualismo, visto que também aqui se parte de uma perspectiva meramente estrutural³⁷. Isso

³⁶ Pinto, Monica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.” In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editorial del Puerto, Buenos Aires, Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 166.

³⁷ Cf. Trindade, Antonio Augusto Cançado. “O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos.” In: Fix-Zamudio, Hector. México y las declaraciones de derechos humanos. UNAM, Cidade do México, 1.999, p. 45: “(...) no contexto da proteção dos direitos humanos a polémica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma interação entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável aos seres humanos protegidos, seja ela a norma de direito internacional ou de direito interno”. Do mesmo autor, também: “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno han sido enfocadas *ad nauseam* a la luz de la polémica clásica, estéril y ociosa, entre dualistas y monistas, erigida sobre falsas premisas. En la protección de sus derechos, el ser humano es sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de personalidad y capacidad jurídicas propias. Como se desprende de disposiciones expresas de los propios tratados de derechos humanos, y de la apertura del derecho constitucional contemporáneo a los derechos internacionalmente consagrados, no más cabe insistir en la primacía de las normas del derecho internacional o del derecho interno, por cuanto el primado es siempre de la norma –de origen internacional o interna- que mejor proteja los derechos humanos, de la norma más favorable a las víctimas. Constátase hoy, en efecto, la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a la protección de la persona humana, cabiendo, pues, desarrollar esta alentadora coincidencia hasta sus últimas consecuencias”, Cf. Trindade, Antonio Augusto Cançado. “Desafíos de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo xx.” In *Seminario sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, IIDH, 1997, p. 71. Também, com alguma diferença, César Landa diz que “frente a los inconvenientes dogmáticos y prácticos derivados de las tesis monistas y dualistas, la posición constitucional de los tratados viene asumiendo una opción mixta, a través de la tesis de coordinación. Esta última caracteriza al derecho internacional como un derecho de integración, sobre la base de la responsabilidad internacional. Así en función de dicha responsabilidad ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, sino su armonización fundamentándose en un neousnaturalismo integrador” cf. Landa Arroyo, César. *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra, 2006, pp. 118-119.

porque não se trata da necessidade de intermediação estatal para a imposição de tal ou qual norma jurídica derivada do direito internacional ou, de outro lado, da pura ou simples imposição da norma jurídica de direito internacional.

Nesse sentido, a Corte IDH afirma que:

“[I]a Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, *a contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Parte el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreando, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales [...] que no se conformen con sus estándares de protección.”³⁸

A prudência entre os atores envolvidos e a abertura a um diálogo constante são os meios de resolução do relacionamento que, em alguns momentos, pode se tornar conflitivo.

Percebe-se, tanto no Brasil quanto em outros sítios da América Latina, um aumento do relacionamento intelectual entre as cortes nacionais e a Corte IDH. Mas isso não significa uma melhora da qualidade da proteção dos direitos humanos no plano nacional a partir desse diálogo pois há, ao lado de avanços, retrocessos firmes³⁹. No caso brasileiro, o não cumprimento de decisões da Corte IDH no Caso Gomes Lund ou a cautelar proferida pela Comissão no caso Belo Monte⁴⁰ são exemplos desse descompromisso que por vezes toma conta de autoridades brasileiras.

³⁸ Corte IDH: Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 14.

³⁹ Essa é também a opinião de Cavallo, Gonzalo. *El dialogo judicial multinivel*. In: Alcalá, Humberto Nogueira (Coord.). *Dialogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013, p. 99.

⁴⁰ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, 1 de abril de 2011.

4.1. Os casos em que existe referência aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A relação entre o Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos não se diferencia do modo como se relaciona com outras cortes de estados nacionais, ou do modo como se utiliza da doutrina ou da referência que fazem órgãos quase-judiciais (Comitês da ONU).

A utilização desse material se dá segundo o método da bricolagem, referido acima, pois inexistente um método coerente⁴¹.

Isso significa que todo esse material é cumulado com a doutrina nacional para compor um conteúdo que objetiva demonstrar o exercício de atividade de investigação, mas não tem a mesma força vinculante dos próprios julgados da Corte nem da legislação (em sentido lato) nacional.

Aliás, não se encontra, em nenhum dos julgados analisados qualquer referência ao tema do bloco de convencionalidade, como já se disse:

“Uma vez mais afirmamos, não parece existir nenhum tipo de método ou de princípio que presida essas citações de cortes ou tribunais estrangeiros. Se o caso citado apresenta similaridade com a questão nacional, parece-nos que essa utilização é em princípio benéfica, e só pode acrescentar agregar argumentos ao

⁴¹ Cf. Figueiredo, Marcelo. “Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.” *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 57-69, out./dez. 2009.

desenvolvimento da jurisprudência nacional em uma troca de experiências e visões positivas”.

E, ademais, a posição do STF a respeito do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional é clara e fortemente dualista.

Não há qualquer referência a necessidade de se coordenar decisões entre os tribunais, de forma a não permitir o dissenso.

Os temas em que os julgados da Corte IDH apareceram na jurisprudência do STF são os seguintes: lei de anistia (ADPF 153); direito à vida (ADI 4277); exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista (RE 511.961); competência da justiça militar (HC 109.544 MC, dentre outros); garantia de assistência consular para presos estrangeiros (Ext. 1126); garantia processual do julgamento por um segundo colegiado (AP 470) e direitos indígenas (Pet 3338).

Da leitura dos referidos julgados, se depreende que as manifestações do STF a respeito de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos se prestam a mero reforço argumentativo, não se podendo falar em nenhuma diferença persuasiva se comparado a doutrina ou a tratados existentes nos planos internacionais.

Nesse sentido, o tribunal ignora a doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não enfrentou, sequer, o tema da existência de um bloco de convencionalidade até a presente data.

Por outro lado, é interessante perceber que, mais recentemente, em um rumoroso caso de julgamento penal de autoridades em sede originária, utilizou-se pela primeira vez a jurisprudência da Corte Interamericana, especialmente no caso Barreto Neiva contra Venezuela, para refutá-la (AP 470, “caso Mensalão”). Naquele caso, tratava-se de julgamento de autoridades com foro privilegiado, originário no Supremo Tribunal Federal, que acabaram por serem condenadas em única e última

instância pelo plenário do tribunal, sem direito a um segundo julgamento por uma nova corte.

Verifica-se, ainda, a aplicação do princípio *pro homine* em alguns casos, em matéria penal, a partir do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos sem que com isso se possa falar em controle de convencionalidade, pois nos casos não se verifica qualquer afastamento de atos nacional em prol do referido artigo ou da jurisprudência da Corte IDH. Trata-se de uma manifestação que somente vem a corroborar com decisões já firmadas pelo tribunal a respeito da hierarquia supralegal da referida Convenção no direito brasileiro, mantendo-se, uma visão dualista extrema do fenômeno das relações entre o direito interno e internacional. Pode-se perceber essa visão em alguns casos, de *Habeas Corpus* podendo-se ter como referência, entre outros, o HC 96772).

Por sua vez, para temas em que a Convenção Americana de Direitos Humanos é referida, como um argumento a mais, pode-se indicar os seguintes julgados: liberdade de expressão – caso “marcha da Maconha” (ADPF 187); interrogatório judicial como meio de defesa do réu (HC 94601); idéia da proteção do nascituro (ADI 3510), entre outros.

5. Síntese conclusiva: a pouca disponibilidade do STF ao diálogo interamericano

O Supremo Tribunal Federal, nossa mais alta corte, cumula tanto funções de jurisdição comum quanto de jurisdição constitucional. Assim, é ao mesmo tempo, corte de cassação e corte constitucional.

No caso brasileiro, não há, ainda hoje, qualquer referência ao controle de convencionalidade, seja fruto de uma análise comparativa entre tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos e o direito interno, seja essa comparação feita a partir do bloco de convencionalidade, fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e paradigma para o dito controle.

Como se sabe, a CADH, além de seus protocolos, e as sentenças da Corte IDH, formam o que se denomina “bloco de convencionalidade⁴²”, que se faz paradigma de controle de validade de atos em sentido *lato* (sentenças, leis, atos administrativos, constituições) expedidos pelos estados nacionais e submetidos ao sistema americano de direitos humanos, transformando o juiz nacional em juiz interamericano.

Toda e qualquer discussão interna, existente até hoje, versou sobre o tema do direito interamericano de dois modos: hierarquia dos tratados internacionais no plano interno ou bricolagem.

O primeiro, fruto de uma sequência de julgados em que o STF discute a questão da prisão do depositário infiel, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos e a partir da única questão da hierarquia dos tratados internacionais no plano interno. Nessa discussão, por fim, vingou a tese de que a referida Convenção tem hierarquia supralegal mas infraconstitucional.

A questão continua posta para a jurisprudência do STF sobre qual sentido conferir ao art. 5º, §3º da Constituição Brasileira que atribui hierarquia constitucional aos tratados incorporados conforme o procedimento de aprovação de emenda constitucional, o que ampliaria a possibilidade de um controle de constitucionalidade e não mais de convencionalidade, posto que os demais tratados não estariam no nível constitucional, lembrando o leitor de que este parágrafo foi introduzido por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, o que já mereceu nossa crítica por reputá-la inconstitucional.

A segunda questão diz respeito à ausência de um diálogo crítico instaurado entre o STF e a Corte Interamericana. Todas as citações em que se encontram passagens ou meras referências aos seus julgados, são como mero apoio argumentativo e não como fundamento vinculante.

⁴² Ferrer-Mac Gregor, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

Não há preocupação verdadeira com o futuro da questão poder vir a ser discutida em âmbito internacional.

Unicamente, quando ocorre, são lançados esses argumentos juntamente com outros como jurisprudência de outras cortes (especialmente Estados Unidos da América e Alemanha) e com a doutrina nacional e estrangeira.

Trata-se de um diálogo por ser construído.

6. Bibliografia

ABRAMOVICH, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

BAZAN, Victor. “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2º Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2011.

CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia(eds). Madrid: Trotta, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALLO, Gonzalo. *El dialogo judicial multinível*. In: Alcala, Humberto Nogueira(Coord.). *Dialogo judicial multinível y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia, 2013, pp. 55-91.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, *d*, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, n. 736.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: Il Mulino, 2010.

ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos el ejemplo de costa rica, *in Liber amicorum : Héctor Fix Zamudio : volume I*. Sao José, CIDH, 1998.

FERRER-MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 57-69, out./dez. 2009.

HABERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. – estúdios de teoria constitucional de la sociedade aberta*. Madrid: Tecnos, 2002.

KUMM, Mattias. Constitutional Democracy Encounters International Law: terms of engagement. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 47, pp. 24-25, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952023

LANDA ARROYO, César. *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra, 2006.

LANDA, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”, in BAZÁN, Víctor e NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela – 2009*. Montevideo: Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010.

MAGNO JR., Luis Magno e LOIS, Caballero. Pluralismo constitucional e espaços transnacionais. In SILVA, Artur Stamford da (org.). O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. In: La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997.

RAGONE, Sabrina. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, n. 16, julio-diciembre /2011, disponível em <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/ReDCEportada16.htm>.

RAMIREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad, *Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, no 28, julho-dezembro de 2011

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In BOGDANDY, Armin von, PIOVESAN, Flávia e ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*. Harvard International Law Journal. v. 44, n. 1, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafíos de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo xx. In Seminario sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, IIDH,1997..

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafíos de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo xx. In Seminario sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, IIDH,1997.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: SAFE, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: FIX-ZAMUDIO, Hector. México y las declaraciones de derechos humanos. Cidade do México: UNAM, 1.999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. I. Porto Alegre: SAFE, 2.003.

WALKER, Neil.(ed), Sovereignty in transition, Oxford, Hart, 2003.

El diálogo judicial multinivel

The Multilevel Judicial Dialogue

Gonzalo Aguilar Cavallo¹
gaguilarch@hotmail.com

Argumentum ab autoritate est fortissimum in lege.

Sir Edward Coke, *The Institute of the Laws of England*,
Section 254a.

"[...] Allow me to think aloud here about the innocent victims of wars and about the defenders of human rights, freedom and dignity. My thoughts also turn to all those silent judges who, with justice and civic courage, apply the rules for the protection of the rights of individuals in society."²

¹ Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso) y Universidad Andrés Bello (Santiago de Chile).

² René Cassin, in December 1968 when receiving the Nobel Peace Prize for his work in promoting human rights.

Resumen

La globalización ha producido grandes cambios a múltiples niveles, incluido al derecho y al pensamiento jurídico. La globalización ha propulsado al juez nacional a un sitio de privilegio en la determinación del derecho. En este contexto aparece la idea de diálogo entre jueces pertenecientes a distintos niveles jurisdiccionales como una manera de auxilio en la determinación del derecho. Esto plantea la pregunta de si existe este diálogo, de qué tipo de diálogo estamos hablando y si el diálogo puede llegar a tener un impacto en la generación del derecho. Sostenemos que los derechos humanos se han transformado en un lenguaje jurídico común sin consideración de las fronteras de cada Estado. Esto ha facilitado y estimulado el diálogo entre jueces de diversas jurisdicciones estatales y particularmente entre jueces de distinto nivel jurisdiccional, esto es, un diálogo multinivel.

Palabras clave: diálogo judicial; diálogo multinivel; constitucionalismo multinivel; fertilización judicial cruzada; universalización; protección de los derechos humanos.

Abstract

Globalization has engendered large changes to multiple levels, including to legal system and legal thinking. Globalization has propelled the judge to a privileged place to determine the law. In this context emerge the idea of dialogue between judges as a form of helping in the determination of the law. This raises the question about if does it exist such a dialogue, what kind of dialogue are we talking about, and if such a dialogue can have an impact in the legal production. We held that human rights have emerged as a common language regardless state borders. This has facilitated the dialogue between judges from different states and particularly between judges belonging to different jurisdictional levels, i.e., a multilevel dialogue.

Keywords: judicial dialogue; multilevel dialogue; multilevel constitutionalism; judicial cross-fertilization; universalization; human rights' protection.

Introducción

Aun cuando aparezca una obviedad decirlo, quizás vale la pena recordarlo: el mundo ha cambiado y se encuentra en permanente y acelerada transformación.³ Este cambio global evidentemente se produce junto con un proceso transformador del Estado, sujeto y objeto de la globalización. Uno de los rasgos más característicos de la evolución del Estado moderno es que ha dejado atrás su calificativo y su vinculación directa con la Nación, que se encuentra a la base del surgimiento del Estado.⁴ Junto con esto, el Estado ha ido perdiendo el monopolio en muchas de sus competencias, otrora exclusivas, de sus poderes públicos.⁵

Hay dos grandes hitos que han marcado la evolución del Estado y, consecuentemente, del Derecho, en el siglo XX. En primer lugar, la Segunda Guerra Mundial, que marcó la decisiva y determinante aparición de los derechos humanos en el ámbito jurídico. La aparición de los derechos humanos puso y pone actualmente –propulsada por el proceso globalizador– en tela de juicio la identificación del Derecho con la producción estatal y la idea-ficción de que todo el Derecho surge de la voluntad de los Estados. En esta línea, Atienza ha señalado que “la globalización es un fenómeno que ha llegado para quedarse. El derecho, en consecuencia, no será ya lo que era.”⁶ Los derechos humanos habrían

³ Saiz Arnaiz, Alejandro, “Presentación: Los derechos fundamentales en la nueva Europa, entre la autoridad normativa y la judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 58 (II), 2000, pp. 9-13.

⁴ Ost, François: “Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 3 (2002), pp. 453-491, especialmente, pp. 470-471.

⁵ Delmas-Marty, Mireille; Lamy, Pascal; Pellet, Alain: “Les voies d’un ordre mondial”, in *Le débat*, número 142, novembre-décembre 2006, pp. 4-18.

⁶ Atienza, Manuel: “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta-UNAM, 2010, pp. 264-281, especialmente, p. 275; Peña Torres, Marisol: “El nuevo panorama de las fuentes del Derecho Público en el siglo XXI”, en Tórtora, Hugo (Coord.): *Las fuentes formales del derecho público*. Santiago: Metropolitana, 2012, pp. 17-36.

provocado un quiebre en las teorías jurídicas formalistas de generación del Derecho. La era posterior a la Segunda Guerra Mundial puede ser caracterizada como la época de los jueces.⁷ Además, estos mismos derechos humanos y su ampliamente reconocido carácter universal habrían impulsado lo que se ha denominado la corriente universalista del derecho: el universalismo.⁸

En segundo lugar, la caída del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989 representa la eliminación progresiva de cualquier barrera de contención a las fuerzas aglutinantes y mediatizadoras de la globalización. Desde entonces, el mundo se ha hecho más pequeño, a escala humana, generándose las correspondientes influencias, interacciones y tensiones recíprocas, en forma instantánea e inmediata. El Derecho no ha escapado a este patrón, impulsando fenómenos extraordinarios de desarrollo y evolución jurídica simultáneamente a escala planetaria, despejando valores y principios compartidos por todos o por la amplia mayoría, que guían y orientan la aplicación e interpretación del Derecho.⁹

En este contexto, aparece la noción de diálogo, que podría ser entendido primariamente como un intercambio de posiciones entre partes con el objeto de alcanzar un consenso o entendimiento. En el ámbito de la globalización y de los sistemas jurídicos, surge la pregunta de si este fenómeno ha propulsado un tipo específico de diálogo y entre quiénes. *Prima facie*, se puede observar un diálogo entre jueces de diversas jurisdicciones estatales y entre jueces estatales y jueces internacionales. ¿Por qué surge este diálogo? ¿Cómo se puede clasificar estos diálogos judiciales? Estas son las interrogantes que se abordarán principalmente en este estudio.

⁷ Schwartz, Herman: "The Internationalization of Constitutional Law", in *Human Rights Brief*, Vol. 10, Issue 2 [2003], pp. 1-3.

⁸ Delmas-Marty, Mireille; Lamy, Pascal; Pellet, Alain: "Les voies d'un ordre mondial", in *Le débat*, número 142, novembre-décembre 2006, pp. 4-18, especialmente, pp. 6-7.

⁹ Peña Torres, Marisol: "El nuevo panorama de las fuentes del Derecho Público en el siglo XXI", en Tórtora, Hugo (Coord.): *Las fuentes formales del derecho público*. Santiago: Metropolitana, 2012, pp. 17-36, especialmente, p. 22.

Conviene desde el comienzo aclarar en qué contexto vamos a desarrollar nuestro análisis. El eje articulador de nuestro trabajo es el diálogo en derechos humanos. Y, lo anterior, bajo una forma particular de diálogo entre jueces, esto es, aquella relativa a la comunicación que se produce entre el nivel del juez estatal y el nivel del juez interamericano de derechos humanos. En este ámbito, en un sentido muy especial de diálogo, puede plantearse la doctrina del control de convencionalidad, como un medio de estimular y conducir este diálogo de derechos humanos. Dejaremos claro, sin embargo, que el control de convencionalidad que realiza el juez estatal es una obligación que emana directamente de los tratados internacionales de derechos humanos, y en el caso del derecho interamericano, de la Convención americana sobre Derechos Humanos en virtud de la reciente jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con todo, el cumplimiento de la obligación estatal de control de convencionalidad deja margen suficiente para el desarrollo de una fructífero y enriquecedor diálogo entre jueces. Del mismo modo, de inmediato surge una clara dificultad frente a la noción de diálogo judicial multinivel. Como se desarrollará, esta dificultad viene representada por el concepto de soberanía de los Estados.

¿Por qué es interesante examinar este diálogo entre jueces multinivel? Porque mejora y consolida nuestro entendimiento de cómo los tribunales interactúan y se comunican sobre aspectos de derecho humanos unos con otros o realizan la interpretación, aplicación y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos desde una perspectiva comparada. Evidentemente, en este sentido, el método comparativo es el que se encuentra a la base de la práctica del diálogo entre jueces.

En este estudio abordaremos brevemente el concepto, sentido y alcance del diálogo entre jueces (I) y posteriormente examinaremos el diálogo judicial como un fenómeno multidimensional, intentando aportar ejemplos, tanto de la realidad europea, como interamericana, de las múltiples dimensiones del mismo (II).

I. ¿Qué es el diálogo judicial?

Antes de examinar el diálogo judicial, conviene referirse brevemente al concepto de diálogo. Esto nos permitirá, sobre una base común, comenzar a construir nuestro argumento a propósito del diálogo inter-judicial o entre jueces.

De acuerdo con la Real Academia Española de la Lengua, la expresión diálogo se referiría a una plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos. Asimismo, en una nueva acepción, se lo define como discusión o trato en busca de avenencia. De modo que el diálogo se produce entre vivos y naturalmente no es un concepto jurídico, sino más bien sociológico y cultural. Sólo para tener en mente las concepciones de la Real Academia Española de la Lengua, la expresión coloquial ‘diálogo de besugos’ refiere a una conversación sin coherencia lógica y la expresión ‘diálogo de sordos’ alude a una conversación en la que los interlocutores no se prestan atención.

A partir de esta base común, podríamos empezar a construir una elaboración doctrinal a propósito del diálogo inter-judicial.

1. Definición de diálogo judicial

El diálogo entre jueces pretendería significar una plática entre dos o más jueces u órganos jurisdiccionales, que alternativamente manifiestan sus ideas, en busca de avenencia. En este ámbito, ¿Por qué hablar de diálogo? Normalmente entre los jueces internos de un Estado, ordenados según una estructura jerárquica, no hay diálogo, sino más bien subordinación y acatamiento. En el orden jurídico interno, se podría producir eso sí un diálogo entre jueces del mismo grado.

En cambio, en el caso particular de jueces estatales y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estamos en otra dimensión. Jueces

estatales y jueces interamericanos no se encuentran en un mismo grado o nivel, ni se encuentran estructurados jerárquicamente. Algunos también podrían alegar que ambos jueces se encuentran en dos órdenes jurídicos diferentes. Esto último explica que no haya supranacionalidad. Con todo, a todos los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos les corresponde la obligación de adecuar su legislación interna y de adoptar las demás medidas y prácticas ejecutivas y judiciales destinadas a dar fiel cumplimiento –de buena fe- a las obligaciones derivadas de la Convención y, en definitiva, cumplir con la obligación general de garantizar efectivamente los derechos humanos de todas las personas y grupos bajo su jurisdicción.

Un análisis del diálogo judicial implica una investigación empírica. En nuestro caso, como se ha mencionado ya más arriba, nos limitaremos en este análisis de las comunicaciones entre jueces de diversos niveles jurisdiccionales a una espera muy particular. Nos referimos al diálogo en el ámbito de los derechos humanos. En este contexto, una investigación del diálogo entre jueces proporciona un análisis empírico sistemático de la medida del diálogo judicial sobre los estándares constitucionales, internacionales y de derechos humanos.¹⁰ Esta investigación empírica permite mejorar nuestro entendimiento de cómo las cortes o tribunales se involucran, comprometen o realizan la interpretación, aplicación y desarrollo del derecho internacional y del derecho constitucional de los derechos humanos a través del diálogo judicial –esto es, mediante la comunicación de tribunal a tribunal- en la esfera transnacional.

¹⁰ A/ Esta investigación debería descubrir metodologías de los tribunales; B/ Esta investigación debería descubrir las motivaciones de los tribunales para implicarse en dichos diálogos; C/ Esta investigación debería identificar las mejores prácticas para determinar cuándo y cómo los tribunales nacionales deberían descansar o apoyarse en interpretaciones nacionales o extranjeras; D/ Esta investigación puede proporcionar una valiosa información para académicos, practicantes, y diseñadores de políticas públicas en el campo del Estado de Derecho y los derechos humanos.

Como veremos más adelante, la evidencia muestra que existe un amplio intercambio de visiones sobre la interpretación de los estándares internacionales de derechos humanos entre los Estados y el nivel internacional regional. Por tanto, en este contexto, los tribunales estatales se encuentran al centro de estos desarrollos. Estos tribunales internos se implican en diálogos judiciales por la vía de referirse a decisiones de tribunales internacionales y extranjeros. En este último caso, se entra, evidentemente, en el terreno del derecho público comparado y, evidentemente, de un diálogo que se podría denominar transnacional.

Básicamente, con el diálogo inter-judicial se examina cómo el derecho constitucional y el derecho internacional y, en este caso, el derecho internacional de los derechos humanos,¹¹ pueden servir como vehículo – o “lenguaje común”- para el diálogo transnacional y multinivel en el interés del Estado de Derecho y su fortalecimiento. El diálogo judicial transnacional alude a las interacciones y comunicaciones entre jueces extranjeros, principalmente entre jueces constitucionales –en la búsqueda de estándares constitucionales comunes-. El diálogo judicial transnacional presenta la característica potencial de fortalecer el Estado de Derecho, permitiendo a los tribunales estatales llegar a las mejores respuestas para problemas compartidos y clarificando, al mismo tiempo, marcos normativos comunes. En efecto, como han afirmado Carbonell y García Jaramillo “hay una circulación mundial de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones”.¹²

Para algunos autores, la práctica de este diálogo entre jueces, sobre todo en la interconexión entre derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los Estados, reside en dos actos de fe. Por un lado, el compromiso substantivo respecto de un proyecto común

¹¹ Beitz, Charles R.: “Human Rights as a Common Concern”, in *American Political Science Review* Vol. 95, N° 2, June 2001, pp. 269-282.

¹² Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Ed.): *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 11-27.

transnacional de procurar realizar valores de derechos humanos fundamentales a través del orden jurídico. Esta realización de los valores de los derechos humanos incluye la recepción de las reglas y principios propios del derecho internacional de los derechos humanos mediante actos de transformación por los jueces estatales, ya sea por la vía del *common law* o de la interpretación judicial de la ley o de la constitución. Luego de la recepción del derecho internacional por los tribunales internos, viene la materialización de la transnacionalización mediante el subsecuente reconocimiento por los tribunales extranjeros de las sentencias que surgen producto de tal recepción. Por otro lado, hay un ethos del diálogo transnacional entre jueces en el mundo con respecto a este proyecto común transnacional. Una de las vías fundamentales que conduce este ethos del diálogo transnacional es el diálogo constitucional comparado articulado fundamentalmente a través de los derechos.¹³ El ethos de este diálogo transnacional reside básicamente en ese núcleo duro, intransgredible, de los derechos humanos, ampliamente compartido y aceptado, universal, que facilita, indudablemente, las comunicaciones transnacionales.¹⁴ Un reconocimiento expreso de este ethos, que constituye el sustrato de los derechos humanos,¹⁵ ha sido realizado por el Tribunal Constitucional chileno, cuyo tenor es el que sigue:

¹³ Scott, Craig: "The Alien Tort Claims Act Under Attack – Remarks" ("Beyond the *Sosa v Alvarez-Machain* Terms of Debate: Conceptualizing International Human Rights Torts in Terms of 'Transnational Law'"), 98 *Proceedings of the American Society of International Law* 49, 2004, pp. 58-61.

¹⁴ Sobre el trasfondo ético que subyace naturalmente a los derechos humanos, vid.: "As Chief Justice Warren explained in his opinion in *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958): "The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the dignity of man. [...] The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society." *Id.*, at 100–101." *Atkins v. Virginia* - 536 U.S. 304 (2002)

¹⁵ "No creemos que vinculando derecho y moral los juristas perdamos nada; por el contrario, estimamos que de esa manera nos podemos enfrentar de mejor forma con los retos contemporáneos del Estado (neo)constitucional de derecho." Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: "Desafíos y retos del canon neoconstitucional", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Ed.): *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 11-27, especialmente p. 27.

“Que en lo que dice relación con si la diferencia introducida por el N° 1, letra a), del artículo único de la Ley N° 20.238, respecto de la regla general contenida en el artículo 4° de la Ley N° 19.886, resulta tolerable para el destinatario de la inhabilidad, en la especie, la empresa Starco S.A., *debe tenerse presente que ninguna empresa que cuenta con trabajadores puede desconocer el deber de respetar integralmente los derechos de éstos, quedando sometida a las consecuencias que deriven del incumplimiento de ese deber jurídico que, a la vez, representa un imperativo ético.*”¹⁶

Otro elemento que vale la pena destacar es que el diálogo entre jueces empodera precisamente a los jueces en el cumplimiento de su función jurisdiccional, particularmente, cuando ella se trata de respetar, promover y garantizar los derechos humanos. Esto es, al centro de este creciente empoderamiento de los jueces a raíz del diálogo transnacional comparado se encuentra, por cierto, el juez no sólo entendido como el eje articulador entre el derecho internacional y el derecho interno, sino también como el artífice forjador del Derecho, particularmente relevante cuando se trata de la protección del individuo o grupo.¹⁷

¹⁶ Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Sociedad Starco S.A. respecto del numeral primero, letra a), del artículo único de la Ley N° 20.238, que agrega una oración final en el inciso primero del artículo 4° de la Ley N° 19.886, en los autos Rol N° 416-2011 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública y de la Dirección del Trabajo*. Rol N° 1968-2011. Sentencia de 15 de mayo de 2012. Considerando 34°. (El subrayado es nuestro)

¹⁷ Scott, Craig: “The Alien Tort Claims Act Under Attack – Remarks” (“Beyond the *Sosa v Alvarez-Machain* Terms of Debate: Conceptualizing International Human Rights Torts in Terms of ‘Transnational Law’”), 98 *Proceedings of the American Society of International Law* 49, 2004, pp. 58-61.

No obstante, el fenómeno de los diálogos judiciales plantea varias cuestiones. A menos que sea conducido de acuerdo con buenos y sanos criterios inspirados del derecho internacional de los derechos humanos, crecientemente protector del individuo y de las comunidades, los diálogos transnacionales y multinivel podrían socavar el rol de los tribunales como guardianes del Estado de Derecho y los derechos humanos.

2. Características del diálogo judicial

Dentro de las clásicas formas del derecho, el concepto mismo de diálogo da a entender que se trataría de un concepto “light” o “políticamente correcto”, que no expresa obligación jurídica alguna sino más bien una cierta intención y predisposición. En esta línea, el concepto de diálogo se puede intuir que persigue lograr la persuasión del co-dialogante. Evidentemente, en este sentido, el diálogo es positivo, es bien visto en clave de sentido común.

Por lo general, el diálogo implica asimismo interacción entre personas –en este caso jueces- que se encuentran en un mismo nivel. En este contexto, cada una de las partes da su opinión sobre un punto de derecho. Este diálogo implica la posibilidad de dar su opinión, la necesidad de escuchar y la posibilidad de empate. En cambio, entre jueces de distinto grado, regidos por el principio de la subordinación jerárquica, no podría hablarse de un diálogo propiamente tal, sino más bien de seguir los parámetros y estándares interpretativos del superior jerárquico.

La experiencia muestra que el diálogo tiene como características la multidimensionalidad. En efecto, encontramos diálogo al interior del Estado y diálogo al exterior del Estado. Al interior del Estado el diálogo se puede producir entre los distintos órganos del Estado. Es así como algunos autores se refieren incluso al diálogo que se genera entre los jueces estatales, particularmente el juez constitucional –que controla justamente los actos del parlamento- y el legislador. Este diálogo muchas veces se

produce por, la vía del ejercicio de la *judicial review*.¹⁸ Con todo, el diálogo que aquí nos interesa es aquel que se produce entre jueces de distintos niveles, esto es, entre jueces estatales y jueces internacionales, que refleja una especie de diálogo vertical.

Los autores asumen el diálogo como uso por parte de un tribunal de los criterios o razonamientos provenientes de otros. En el terreno de los derechos humanos, nosotros consideramos este diálogo como multinivel, porque se desarrolla entre jueces de distinto nivel de poder de decisión jurisdiccional, esto es, estatal, internacional y supranacional.

¿Por qué surge el debate acerca del diálogo judicial multinivel? En un contexto global, el Derecho, sobre todo aquel de fundamento constitucional, otorga “necesariamente a los jueces (los encargados de interpretar y aplicar los anteriores enunciados) un poder mucho mayor de aquel que gozaban anteriormente; lo que justifica de alguna manera ese mayor poder es que se ejercite para salvaguardar los derechos de los ciudadanos”.¹⁹ Hay evidencia empírica del diálogo entre jueces, el cual adquiere distintas formas, debido al mundo globalizado en el que nos encontramos y a un contexto global de cercanía e incluso de inmediatez.²⁰ Conforme avanza el tercer milenio, los órdenes jurídicos se tienden a aproximar gracias a este diálogo entre jueces. En este ámbito, los derecho

¹⁸ “[I]n considering the legitimacy of judicial review, it is helpful to think of such review as part of a ‘dialogue’ between judges and legislatures. At first blush, this concept of dialogue may not seem particularly apt. Given that the Supreme Court of Canada’s decisions must be obeyed by the legislatures, one may ask whether a dialogue between judicial and legislative institutions is really possible. Can a legislature ‘speak’ when its laws are subject to the constitutional views of the highest Court? The answer, we suggest, is ‘Yes, it can’ certainly in the vast majority of cases where a judicial decision is open to reversal, modification or avoidance by the competent legislative body.” Hogg, Peter W. and Thornton, Allison A.: “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures Policy Options”, in *Policy Options*, April 1999, pp. 19-22.

¹⁹ Atienza, Manuel: “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta-UNAM, 2010, pp. 264-281, especialmente, p. 266.

²⁰ Cfr. Peña Torres, Marisol: “El nuevo panorama de las fuentes del Derecho Público en el siglo XXI”, en Tórtora, Hugo (Coord.): *Las fuentes formales del derecho público*. Santiago: Metropolitana, 2012, pp. 17-36, especialmente, p. 20.

humanos se convierten en un terreno fértil para desarrollar un diálogo judicial fluido, ya que, en las distintas jurisdicciones, se hace frente a un mismo grupo de dificultades al que se le aplica crecientemente un mismo o muy similar conjunto de normas, esto es, los derechos humanos, lo cual, tiende a derivar en la generación de un mismo marco normativo y, finalmente, de un eventual derecho común.

El diálogo judicial multinivel se refiere a la idea de la comunicación entre jueces estatales (principalmente constitucionales), jueces internacionales y jueces supranacionales, es decir, jueces que se ubican en distintos niveles de decisión jurisdiccional. Aquí reside uno de los rasgos distintivos del diálogo entre jueces multinivel y que lo diferencian del diálogo entre jueces transnacional. Justamente, como las interacciones y comunicaciones se producen en distintas esferas de poder de decisión jurisdiccional, emerge como un elemento controversial el concepto de soberanía y la reivindicación por los Estados de la última palabra judicial, como expresión de esta –a nuestro juicio- mal entendida soberanía.²¹ En este sentido, creemos que algunas visiones no asumen la evolución y transformación del concepto de soberanía, la cual se ha acentuado desde la Segunda Guerra Mundial.

Evidentemente que en este contexto, los Estados tienden a exacerbar la noción de soberanía, ya que éste es un discurso tradicional o clásico bastante conveniente para los Estados. Vinculado a esta visión generalmente soberanista de los Estados, los derechos humanos es el ámbito material por excelencia donde se enfrentan dos nociones propias

²¹ A este respecto Marisol Peña resalta que “esta mayor conciencia de los valores que nos unen a través de las fronteras, partiendo por la necesidad de defender y promover la dignidad humana, genera una tensión permanente entre las expresiones de la transnacionalidad y la soberanía interna de los Estados que lleva revisar, una y otra vez, el esquema de relaciones entre el ámbito internacional (o comunitario, en su caso) y el ámbito doméstico de los Estados [...]”. Peña Torres, Marisol: “El nuevo panorama de las fuentes del Derecho Público en el siglo XXI”, en Tórtora, Hugo (Coord.): *Las fuentes formales del derecho público*. Santiago: Metropolitana, 2012, pp. 17-36, especialmente, p. 22.

del derecho tradicional: supremacía del derecho internacional vs supremacía del derecho constitucional.

Indudablemente que el diálogo multinivel no se refiere al respeto de la norma de derechos humanos, porque la norma internacional de derechos humanos es obligatoria para el Estado, incluyendo, por cierto, los jueces. Esta obligatoriedad jurídica, se proyecta a las decisiones internacionales que un órgano jurisdiccional adopte en contra del Estado. Nosotros estamos aquí simplemente frente a una manifestación de la supremacía del derecho internacional.²²

El diálogo judicial multinivel se centra más bien en la interpretación que se le da a la normativa internacional. Por cierto, en este caso, es conveniente tener presente que el control de convencionalidad opera tanto respecto de la norma internacional de derechos humanos como de la interpretación de autoridad que de ella se deriva. En el caso de los derechos humanos, y particularmente, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, el intérprete autorizado es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consecuentemente, el diálogo que se pueda producir entre el juez estatal y el juez interamericano de los derechos humanos está condicionado por la obligación de control de convencionalidad que les corresponde a los jueces estatales como parte de los órganos del Estado que se ha obligado por la Convención Americana de Derechos Humanos.

²² En el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile por la aplicación del DL de amnistía en el caso de la muerte del profesor Luis Almonacid Arellano, ejecutado después del golpe de Estado en 1973. Posteriormente, la Corte Suprema chilena ordenó reabrir el caso –tal como lo dispuso la Corte Interamericana- y “se está investigando, se repuso el procesamiento de la persona sindicada como el autor del homicidio, el ministro que lleva la causa, Carlos Moreno, ha hecho una investigación bastante acuciosa que se ha encontrado con la dificultad que han pasado más de treinta años.” La reapertura del proceso se realizó por la Corte Suprema no como resultado de un diálogo inter-judicial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino más bien como cumplimiento de su obligación de ejecutar la sentencia de la mencionada Corte. Cfr. Martínez, Raúl: “Corte Interamericana plantea reformulación de su reglamento”, en Diario electrónico Radio Universidad de Chile. Disponible en: <<http://radio.uchile.cl/noticias/57913/>>. [Visitado el 30/10/2012]

En el caso de Chile, entre los tribunales estatales, se puede fácilmente apreciar una diferencia de actitud y receptividad ante el diálogo entre jueces. En efecto, en el caso del Tribunal Constitucional, en general, la receptividad es menor, aun cuando se puede observar que sus sentencias han ido poco a poco incorporando cada vez más una interacción con el derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una posible e hipotética explicación para justificar esta dificultad en la comunicación con el derecho internacional y en especial con los jueces interamericanos puede ser que se encuentre en que su objeto es ser el guardián de la Constitución, entendida ésta como norma máxima y de cierre del ordenamiento jurídico estatal y, por tanto, su mandato formal se circunscribe a velar por el control de constitucionalidad. En consecuencia, admitir la posibilidad del uso como parámetro de control de otras normas –normas internacionales- en una posición similar a aquella de la Constitución, convirtiéndose dicho tribunal en un guardián también de la normativa internacional –aunque sea de derechos humanos-, y asumir un mandato –material esta vez- de control de la convencionalidad de las normas, significa, bajo una perspectiva clásica, alterar el rol y función con el que se previó el Tribunal Constitucional en su idea original a comienzos del siglo XX. Y eso, no habríamos aún –en Chile- llegado al punto de admitirlo, ni mucho menos, aceptarlo. Aun cuando, no es difícil constatar que entre comienzos del siglo XX y los albores del tercer milenio, el Estado, la comunidad internacional y el Derecho mismo han evolucionado enormemente.²³

Por otra parte, en el caso del poder judicial, representado por la Corte Suprema, sí se puede apreciar claramente una amplia receptividad y disposición especial al diálogo entre jueces. En particular, curiosamente, la sala penal de la Corte Suprema ha jugado un rol trascendental en esta apertura hacia el derecho internacional, especialmente, el derecho

²³ Soberanes Fernández, José Luis: *Derechos humanos y su protección constitucional*. México: Porrúa, 2012, in passim.

internacional de los derechos humanos y hacia la interpretación de autoridad que determina el sentido y alcance de dicho derecho internacional. Una explicación hipotética que justificaría esta mayor apertura y receptividad de la Corte Suprema sería la clásica ubicación que este tribunal le ha asignado a las normas internacionales en el ámbito de la ley y por lo tanto, le resulta familiar tratar con convenios internacionales.²⁴ La justificación de por qué la Sala Penal ha sido más activa y receptiva al derecho internacional de los derechos humanos sería más bien fáctica en el sentido que a esta sala le ha correspondido resolver, en último término, los casos de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario ocurridas durante la dictadura chilena.

La Corte Suprema de Estados Unidos también ha experimentado estas tensiones a propósito del uso del derecho extranjero y la aplicación del derecho internacional, y finalmente una suerte de uso o adopción de categorías, doctrinas, estándares ya elaborados por otras jurisdicciones, lo que ha conducido a acuñar la expresión de “judicial cross-fertilization”.

En efecto, en Estados Unidos, el uso del derecho internacional y del derecho extranjero, y las referencias por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos a razonamientos jurídicos y consideraciones provenientes de otros tribunales foráneos, han causado grandes disputas entre los jueces de este tribunal. En efecto, conocidas son las diferencias entre el Juez Breyer y el juez Scalia, quienes representan dos posiciones opuestas

²⁴ Por ejemplo, en un caso sobre ejecuciones sumarias de personas, la Corte Suprema calificó estos hechos como crímenes de lesa humanidad y argumentó que la prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *ius cogens* e imprescriptible, invocando expresamente incluso, en apoyo, la jurisprudencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vid. Corte Suprema: Homicidios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres. Rol N° 559-04, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006; Además, consultar, entre otras, S.C.S. 09.09.1998, Rol N° 469-98, por la desaparición de Pedro Poblete Córdova y S.C.S. de 17.11.2004, Rol N° 517-04, por la desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez; S.C.S. de 13.03.2007, Rol 3125-04, por el homicidio de Manuel Tomás Rojas; S.C.S. de 10.05.2007, Rol 3452-06, por el Secuestro Calificado de Ricardo Troncoso Muñoz y otros; Cfr. Chile: Informe Intermedio de Organizaciones no Gubernamentales sobre el seguimiento de las Observaciones Finales del Comité contra la Tortura al Estado de Chile (CAT/C/CHL/CO/5) 23 de Junio de 2009. Enero 2011.

en cuanto a la eventualidad de un diálogo judicial transnacional.²⁵ Por ejemplo, en este sentido, las sentencias de mayoría y las opiniones disidentes en los famosos casos *Atkins vs. Virginia* y *Foster vs. Florida*, ambos vinculados con la aplicación de la pena de muerte, fueron el medio idóneo para que los jueces mencionados pusieran sus ideas en el debate jurisprudencial. Así, en *Atkins*, el juez disidente Rehnquist criticó duramente el uso de un *amicus curiae* presentado por la Unión Europea y denunció la decisión de la Corte Suprema de darle peso al derecho extranjero. Entre otras cosas, la sentencia de la Corte Suprema señaló que la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos –que prohíbe los castigos crueles e inusuales- debería ser interpretada a la luz de “la evolución de los estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad madura”.²⁶ En *Foster*, Breyer claramente señaló la importancia de atender a las sentencias de otras naciones.²⁷ Como se ha dicho, justamente, es en este terreno del debate público que se ha desarrollado la idea de la fertilización judicial cruzada, como una consecuencia del desarrollo e implementación efectiva de un diálogo entre jueces tanto transnacional como multinivel.

Evidentemente, el diálogo entre jueces no conduce necesariamente a la fertilización judicial cruzada, pero la experiencia permite observar que es un efecto bastante recurrente producto del

²⁵ Schwartz, Herman: “The Internationalization of Constitutional Law”, in *Human Rights Brief*, Vol. 10, Issue 2 [2003], pp. 1-3.

²⁶ Vid. *Atkins v. Virginia* - 536 U.S. 304 (2002)

²⁷ “Courts of other nations have found that delays of 15 years or less can render capital punishment degrading, shocking, or cruel. E.g., *Pratt v. Attorney General for Jamaica*, [1994] 2 A. C. 1, 29, 33, 4 All E. R. 769, 783, 786 (P. C. 1993) (en banc) (U. K. Privy Council); Soering v. United Kingdom, 11 Eur. Ct. H. R. (ser. A), pp. 439, 478, ¶111 (1989) (European Court of Human Rights). See *Knight*, supra, at 995–996. Consistent with these determinations, the Supreme Court of Canada recently held that the potential for lengthy incarceration before execution is “a relevant consideration” when determining whether extradition to the United States violates principles of “fundamental justice.” *United States v. Burns*, [2001] 1 S. C. R. 283, 353, ¶123. Just as “attention to the judgment of other nations” can help Congress determine “the justice and propriety of [America’s] measures,” *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990 (2002), BREYER, J., dissenting from denial of certiorari.

diálogo judicial y la instantánea y libre circulación de criterios, doctrinas y estándares desarrollados por vía pretoriana. Ejemplos notables de esta fertilización judicial cruzada se observan en doctrinas, conceptos, categorías, estándares que provienen desde el Tribunal Constitucional alemán y que se han proyectado hacia otras jurisdicciones en lo que respecta a la idea de la proporcionalidad en el caso de conflicto de derechos;²⁸ asimismo, en cuanto a la doctrina del efecto horizontal de los derechos humanos (*Drittwirkung der Grundrechte*);²⁹ y también respecto de la doctrina de la jurisprudencia de los valores (*Wertjurisprudenz*).³⁰ Otro ejemplo de influencia y exportación de conceptos y doctrinas a tribunales foráneos lo constituye la doctrina del Tribunal Constitucional alemán relativa al contenido esencial de los derechos, ampliamente usada en América latina y en la Corte Constitucional de Sudáfrica.³¹ El Tribunal Constitucional alemán es un ejemplo de una jurisdicción que resuelve sobre derechos humanos y que le asigna mayor peso a un derecho razonado que a la simple reproducción o la subordinación a un derecho puesto, estático. El razonamiento jurídico es la fuente de la actualización periódica del derecho al servicio del hombre.

3. Diálogo entre jueces en foros y conferencias

Un caso concreto y tangible de diálogo lo constituyen los encuentros entre jueces en múltiples foros o conferencias internacionales.

²⁸ Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Ed.): *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 11-27.

²⁹ Hager, Johannes: „Grundrechte im Privatrecht“, in *Juristen-Zeitung*, 8/1994, s. 373-383.

³⁰ García, Enrique Alonso: *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 278; Sampaio de Sousa, Ileide: “Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais”, en *Direito e Democracia*, vol. 11, num. 2, jul./dez. 2010, pp. 189-197.

³¹ Young, Katharine G.: “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, in *Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, pp. 113-175.

Ahí existe la posibilidad de un verdadero diálogo e intercambio de experiencias, que sin duda, enriquecen la vida jurídica y pueden informar e influenciar la visión de los jueces.

Los foros o conferencias que reúnen a jueces de diversas jurisdicciones, donde tienen la oportunidad de compartir experiencias e inquietudes y a su vez de intercambiar visiones y opiniones, constituyen una instancia válida de diálogo e influencia solapada entre jueces.³² Ejemplos de esto son la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional o el Foro Europeo de encuentro de jueces de Cortes Constitucionales y Cortes Supremas con jueces de la Corte Europea de Derechos humanos.³³

A través de redes formales e informales, jueces de jurisdicciones y tribunales de todo el mundo están vinculados en un diálogo transnacional relativo al fortalecimiento de la cooperación judicial internacional, mejorando la coherencia del derecho internacional y nacional, y desarrollando el Estado de Derecho y el respeto por la dignidad humana a escala global. El crecimiento y la expansión de este diálogo a través del tiempo ha facilitado el desarrollo de valores compartidos, promovido el uso de las mejores prácticas para asegurar la independencia judicial, la responsabilidad y la eficiencia y ha dado lugar a normas internacionales tales como los Principios de Bangalore sobre comportamiento judicial.

Cabe destacar que los Principios de Bangalore de Conducta Judicial de 2006 consagran en el valor 6 (competencia y diligencia) el

³² Se habla de una propensión ultranacional de la justicia constitucional. “Dicha propensión estaría anudada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales y de profesores de Derecho Constitucional que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así una suerte de ‘sociedad abierta de (neo)constitucionalistas’”. Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Ed.): *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 11-27.

³³ Cada año se publica un folleto que resume los debates llevados a cabo en este Foro, titulado “Dialogue between Judges”. European Court of Human Rights, Council of Europe, 2012.

Principio siguiente: la competencia y la diligencia son prerequisites para la debida ejecución del oficio judicial. Y dentro de las especificaciones de este principio, se señala que el juez debería mantenerse informado sobre desarrollos relevantes del derecho internacional, incluyendo las convenciones internacionales y otros instrumentos estableciendo normas de derechos humanos.³⁴

II. El diálogo judicial como fenómeno multidimensional

El surgimiento del moderno derecho común ha venido impulsado por el desarrollo de los derechos humanos en el siglo XX y su extensión y aceptación a escala planetaria. Los derechos humanos lideran así el nuevo universalismo del derecho, el cual adquiere en los albores del siglo XXI, la fisonomía de un nuevo derecho común.³⁵

Así, el *ius commune* del siglo XXI lo constituyen los derechos humanos reconocidos y aceptados universalmente.³⁶ Consecuentemente, existen fundamentos plausibles para sostener que los derechos humanos representan en gran medida el nuevo derecho común. En este sentido, la constitución de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la mayoría de

³⁴ Economic and Social Council: Strengthening basic principles of judicial conduct. U.N. Doc. ECOSOC 2006/23. Annex: *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 6.4; See General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985, in which the Assembly endorsed the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*.

³⁵ “Concepto igualmente ideológico, la universalización aspira a reinterpretar el hecho de la mundialización como la ocasión de un «reparto de sentido» extenso, en la línea del universalismo moral de Lumières, del que los derechos humanos con vocación universal son hoy la traducción más neta, y del que la reivindicación de una gobernabilidad preocupada por el interés general representa el ideal regulador.” Ost, François: “Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 3 (2002), pp. 453-491, especialmente, p. 456.

³⁶ Mireille Delmas-Marty propone hablar de ‘globalización’ para la economía y de ‘universalización’ para los derechos humanos. Vid. Delmas-Marty, Mireille: *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Seuil, 1998, pp. 14-15.

los Estados del planeta son miembros de la ONU (actualmente 193 Estados miembros) y por tanto obligados a respetar y proteger los derechos humanos, la gran mayoría de los Estados aceptan y utilizan en su práctica cotidiana la DUDH como una base mínima de garantías jurídicas para el individuo.

Los derechos humanos vehiculan un lenguaje de los derechos que se transforma en un lenguaje común, el cual se proyecta y cristaliza en valores y principios compartidos, en una base ética común y, jurídicamente, en un derecho común o bien un derecho cosmopolita.³⁷

De aquí la facilidad que se produce para el recurso al método de investigación comparativa, el cual, muchas veces se expresa bajo la forma de un diálogo.³⁸ Cuando el método comparativo es usado en la actividad y los procesos de razonamiento judicial, hoy en día, suele llamársele diálogo entre jueces. En este sentido, Atienza señala que “los grandes protagonistas del derecho de la globalización no son ya los legisladores, sino los jueces y los expertos en derecho que no ocupan cargos públicos.”³⁹ Esta operación es naturalmente mucho más cercana a la forma de proceder del *common law* que la del *civil law*. Por tanto, este diálogo es bastante más fluido, más sencillo y más natural en el *common law* porque es conocido, ya que forma parte de la experiencia diaria del juez del *common law*. *A contrario sensu*, este proceder presenta más complejidades en el caso del juez del *civil law*. En este caso, en países de *civil law*,

³⁷ Ost, François: “Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 3 (2002), pp. 453-491, especialmente, p. 488.

³⁸ “El derecho comunitario limita, como se ha dicho, el derecho interno de los Estados europeos, al tiempo que es común hablar de un ‘diálogo’ entre las instancias jurisdiccionales y legislativas europeas y estatales, de manera que el derecho no aparecería ya como fruto de la imposición de un superior, sino de un acuerdo producido ‘desde abajo.’” Atienza, Manuel: “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta-UNAM, 2010, pp. 264-281, especialmente, p. 272.

³⁹ Atienza, Manuel: “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo: *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta-UNAM, 2010, pp. 264-281, especialmente, p. 271.

aparecen las objeciones vinculadas a la posibilidad de arbitrariedad judicial o a la falta de legitimidad democrática del juez para extender su razonamiento a criterios jurídicos foráneos o internacionales.

Una manifestación de esta verdadera mundialización del Derecho son las comunicaciones, casi instantáneas, que se producen –gracias al reconocimiento de la existencia de valores y principios compartidos- entre jueces de distintos Estados e incluso entre jueces de distintos continentes.⁴⁰ Este podría ser considerado un diálogo horizontal.

Queremos sí, dejar constancia del fuerte dinamismo y el aspecto multidimensional de este fenómeno de las comunicaciones recíprocas entre jueces, reflejado en otra variante. También existen comunicaciones e interacciones entre jueces internacionales entre sí. Por ejemplo, hay interacción y comunicación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. En este sentido, conocido es el caso de la influencia que tuvo la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la desaparición forzada de personas, entendiéndola como una forma compleja de violación de derechos humanos que debe ser comprendida y confrontada de una manera integral. Ya desde los primeros casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 1988, los jueces interamericanos comenzaron a establecer esta doctrina sobre la desaparición forzada de personas que influiría en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁴¹ El razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue prácticamente retomado íntegramente por la Corte Europea de Derechos Humanos a partir del momento en que tuvo que enfrentar los casos contra Turquía, tal como *Kurt contra Turquía* de 1998 (involucrando a los Kurdos en Turquía),⁴² o bien, los casos más recientes contra Rusia, etc. Otro

⁴⁰ Delmas-Marty, Mireille; Lamy, Pascal; Pellet, Alain: “Les voies d’un ordre mondial”, in *Le débat*, número 142, novembre-décembre 2006, pp. 4-18.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4

⁴² “The Inter-American Court of Human Rights had considered the question of enforced disappearances in a number of cases under the provisions of the American Convention on

ámbito de interacción e influencias recíprocas entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos es la jurisprudencia sobre libertad de expresión.⁴³

Esto es a nivel regional internacional. Pero también, existe comunicación entre la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional y las otras jurisdicciones penales internacionales. Esto es a nivel internacional universal. En ambos casos estamos frente a un diálogo judicial horizontal de carácter internacional.

Además, este diálogo judicial internacional, admite una subdivisión geográfica. Existe una interacción y comunicación muy relevante y creciente entre jueces internacionales de ámbito regional y jueces internacionales de ámbito universal. Por ejemplo, este es el caso de la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia. En esta línea, es ampliamente conocida la influencia que tuvo la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del derecho a la protección y asistencia consular en su opinión consultiva relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.⁴⁴ Esta vez, el razonamiento desarrollado por los jueces interamericanos fue asumido por la Corte Internacional de Justicia en los conocidos casos *LaGrand y Avena* de 2001 y 2004,

Human Rights and prior to the adoption of the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons: Velázquez Rodríguez v. Honduras, judgment of 29 July 1988 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) no. 4) (1988)); Godínez Cruz v. Honduras, judgment of 20 January 1989 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) no. 5) (1989)); and Caballero-Delgado and Santana v. Colombia, judgment of 8 December 1995 (Inter-Am. Ct. H. R.)." Vid. case of Kurt v. Turkey, Appl. N° 15/1997/799/1002. Judgment, 25 May 1998, para. 67.

⁴³ Bertoni, Eduardo Andrés: "The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: A Dialogue on Freedom of Expression Standards", en *European Human Rights Law Review*, Issue 3, 2009, pp. 332-352.

⁴⁴ Corte IDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

respectivamente.⁴⁵ A nuestro modo de ver, en estos casos el diálogo entre jueces es más fácil porque no se interpone el problema de la soberanía estatal como es el caso del diálogo entre un tribunal estatal y un tribunal internacional o supranacional.

En los casos antes mencionados se aprecia claramente que se ha tejido y se está permanente tejiendo un entramado de conexiones, vinculaciones, comunicaciones y diálogos jurídicos a todos los niveles, lo que permite, precisamente, darle uno de sus rasgos más fundamentales al Derecho, su carácter de sistema jurídico y como tal su coherencia. Esto último, es particularmente relevante, cuando abordamos materialmente el respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Pero también, se aprecian comunicaciones e interacciones entre jueces de distinto nivel, esto es, entre jueces estatales, jueces internacionales y jueces supranacionales. El diálogo entre un juez estatal y un juez internacional –por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos- y viceversa, constituye un ejemplo de esto. Estas comunicaciones se encuentran en un proceso de desarrollo y evolución dispar, y su desarrollo se encuentra altamente vinculado a la cultura jurídica de un pueblo y de un continente determinado, a su experiencia histórica pasada y al grado de apego y de desarrollo de una conciencia jurídica de la ciudadanía de respeto de la democracia y del Estado de Derecho. El diálogo entre un juez estatal y un

⁴⁵ International Court of Justice: *LaGrand case (Germany v. United States of America) Memorial of the Federal Republic of Germany*. Volume I (Text of the Memorial), 16 September 1999, para. 4.13; Vid. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 466; “In Advisory Opinion OC-1 6/99, that Court held that failure to respect the right to consular assistance established by Article 36(l)(b) of the Vienna Convention would prejudice the due process rights of foreign nationals such that the imposition of capital punishment under such circumstances would violate the human right not to be deprived of life arbitrarily. That violation, the Court found, gives rise to international responsibility and the obligation to provide reparations.” International Court of Justice: *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) Memorial of Mexico*, 20 June 2003, p. 65; Vid. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, p. 12.

juez internacional podría ser considerado un diálogo judicial vertical multinivel. Este diálogo será brevemente analizado en este trabajo.

Como se puede observar, a la base de este diálogo judicial vertical multinivel se encuentra el derecho internacional y muy especialmente, el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁶ Como ha sostenido Silva García, “la incorporación nacional de los tratados internacionales sobre derechos humanos es el germen de una obligada reordenación del sistema jurídico nacional, tanto en los niveles de tutela de los derechos y libertades, como en los mecanismos procesales nacionales tendentes a garantizarlos. Particularmente, es fuente de nuevos derechos, y obligaciones, que los agentes jurídicos deben ir descubriendo, articulando y asimilando paulatinamente.”⁴⁷ En el ámbito europeo, el contexto jurídico se traduce en los particularismos del derecho europeo (derecho de Luxemburgo) y el derecho europeo de los derechos humanos (derecho de Estrasburgo). En el ámbito americano, el contexto jurídico propio del diálogo entre jueces se traduce en el derecho interamericano (derecho de San José).

Una de los primeros aspectos que queremos resaltar aquí es que este esquema de comunicaciones e interacciones recíprocas entre jueces, tal como se ha descrito más arriba, pondría en tela de juicio la vigencia de la teoría kelseniana del derecho.⁴⁸ En este sentido, el profesor Von

⁴⁶ “En términos generales la adopción de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos por los Estados latinoamericanos es muy satisfactoria. Todos ellos, para el año 2002, habían ratificado los tratados internacionales ejes del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas.” Soberanes Fernández, José Luis: *Derechos humanos y su protección constitucional*. México: Porrúa, 2012, p. 29.

⁴⁷ Silva García, Fernando: “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, Enero-Junio 2006, pp. 231-253, especialmente, p. 253; Saiz Arnaiz, Alejandro, “Presentación: Los derechos fundamentales en la nueva Europa, entre la autoridad normativa y la judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 58 (II), 2000, p. 13.

⁴⁸ Cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio: *El concepto de derecho subjetivo*. México, Fontamara, Col. Doctrina Jurídica Contemporánea, 1999, in passim.

Bogdandy ha señalado que la estructura piramidal de Kelsen corresponde a una noción moribunda que debería ser dejada de lado.⁴⁹

Un segundo aspecto, es que a pesar de que existen rasgos perceptibles de la mutación del Estado hacia nuevos estadios, distintos de la forma del Estado-Nación que concentraba exclusivamente en sí la totalidad de las potestades públicas, de todas maneras, el Estado subsiste, con potestades soberanas y sigue siendo el principal factor o el referente en este entramado de comunicaciones y diálogos reseñados más arriba. El Estado juega un rol preponderante y esencial en la efectiva protección de los derechos de todos los individuos, comunidades y pueblos dentro de su ámbito jurisdiccional. Por lo tanto, el referente actual de este dialogo judicial es el juez estatal, a quien le corresponde impartir la justicia del caso concreto sin intermediación de ninguna especie.

Las interacciones e interrelaciones recíprocas de toda especie, que se producen entre los jueces, especialmente en el contexto de los derechos humanos, permiten despejar valores y principios que se encuentran a la base y que son el sustrato específico y fundante de la organización social de la comunidad humana, en este caso, porque son compartidos, por toda comunidad humana. En consecuencia, estos valores y principios comunes que son elevados, por este diálogo judicial multidimensional y multinivel, al rango de pasar a erigirse como valores y principios constitucionales. Estos valores y principios tendrían un reflejo en los derechos humanos y se considerarían normas de fundamento constitucional, pero no en referencia a un Estado –noción históricamente

⁴⁹ "Pyramid" is a notion linked to Kelsenian monism as a general conception of the relationship between international law and domestic law. Yet, monism is, basically, a moribund notion and should be put to rest. In this sense, I give an affirmative answer: the pyramid should be deconstructed. At the same time, dualism also should be overcome, and developed into a theory of legal pluralism. Only a theory of legal pluralism can account, descriptively and normatively, for the diversity within the legal realm, in general, and the links between domestic constitutions and international legal phenomena, in particular. Rather than a "pyramid", "coupling" might be a more fitting general concept." von Bogdandy, Armin: "Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law", in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Number 3-4 (2008), pp. 397-413, especialmente, pp. 397-398.

coyuntural y temporal- si no en referencia a lo sustancial y universal de todo orden jurídico y a las normas esenciales de la comunidad humana en su conjunto. Despejar esos valores y principios constitucionales inherentes a la comunidad humana del tercer milenio transformaría dichos valores constituyentes, fundantes, en valores y principios que guiarían la comunidad, independientemente de la forma específica de organización jurídico-política que se adquiriera. Existe una creciente aceptación de que estos valores y principios compartidos por la comunidad jurídica, común a toda organización social del siglo XXI, se reflejan en los derechos humanos. De esta manera, los derechos humanos no sólo expresarían un lenguaje común sino también proporcionarían el sustrato material jurídico básico, de fundamento constitucional, para el nuevo *ius commune*.

El diálogo que a continuación queremos desarrollar brevemente dice relación con la interacción entre la tribunales internacionales de derechos humanos y tribunales nacionales, particularmente, entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales internos de los Estados miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, esto es, el diálogo entre jueces que nosotros hemos denominado multinivel.

En este sentido, podría decirse que se ha seguido un camino muy parecido al del sistema europeo de protección de los derechos humanos, desarrollado bajo la égida del Consejo de Europa. ¿Cuáles son los rasgos fundamentales que se destacan actualmente de esta relación e interacción entre la Corte Europea de Derechos Humanos y los tribunales estatales? Estas breves referencias podrían servirnos de guía para examinar y analizar críticamente la vía y la conducta asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por cada uno de los Estados miembros del sistema interamericano.

1. Breve referencia a la experiencia europea

¿Cuáles son los estándares europeos que se han ido desarrollando pretorianamente en torno a la idea de un diálogo entre jueces, en este caso, entre los jueces de derechos humanos europeos y los jueces estatales?

Quizás podríamos tomar como ejemplo y punto de partida la posición de la Corte Suprema del Reino Unido. Según lo señalado en el propio sitio web de presentación de este tribunal,⁵⁰ la Corte debe dar efecto al derecho de la Unión Europea directamente aplicable e interpretar el derecho interno de forma consistente con el derecho de la Unión Europea. También, debe aplicar los derechos contenidos en la Convención Europea sobre Derechos Humanos. En cuanto al Derecho de la Unión Europea, y según el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, la Corte debe remitir a la Corte Europea de Justicia en Luxemburgo cualquier cuestión de derecho de la Unión Europea, cuando la respuesta no es clara y es necesario para que la Corte rinda una decisión.

Al aplicar los derechos contenidos en la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la Corte Suprema debe tomar en cuenta toda decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo. La jurisprudencia ha sostenido que los tribunales se encuentran vinculados por las decisiones de la Corte Europea ya que el Reino Unido ha ratificado la Convención Europea sobre Derechos Humanos y por tanto se encuentra vinculado por ella desde el punto de vista del derecho internacional. En efecto, se ha afirmado que “el Reino Unido está obligado por la Convención, según el derecho internacional, a aceptar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre su interpretación.”⁵¹ Además,

⁵⁰ The Supreme Court and Europe. Disponible en: <http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>

⁵¹ “I do so with very considerable regret, because I think that the decision of the ECtHR was wrong and that it may well destroy the system of control orders which is a significant part of this country’s defences against terrorism. Nevertheless, I think that your Lordships have no choice

en este sentido, se ha afirmado que “ningún tribunal nacional debería ‘sin poderosas razones diluir o debilitar el efecto de la jurisprudencia de Estrasburgo’.”⁵²

En general, en Europa, los jueces estatales, especialmente los jueces constitucionales, han aplicado y están aplicando en su actividad rutinaria la Convención Europea de Derechos Humanos. Al aplicarla al caso concreto, la interpretan y en esta labor de interpretación, y en este contexto, aparecen las dificultades cuando hay disparidad de criterios entre los jueces estatales y la Corte Europea de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional encargado de aplicar e interpretar la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

En este marco, empezó a desarrollarse la idea de diálogo pero más bien en el sentido de explicación de sus sentencias y criterios con el fin de convencimiento o persuasión, y además de escucha de las visiones estatales, quizás para moderar o moldear los criterios o estándares fijados por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Jean-Marc Sauvé, refiriéndose a la Corte Europea de Derechos Humanos y dirigiéndose a los jueces europeos, afirma que “la convención,

but to submit. It is true that section 2(1)(a) of the Human Rights Act 1998 requires us only to “take into account” decisions of the ECtHR. As a matter of our domestic law, we could take the decision in *A v United Kingdom* into account but nevertheless prefer our own view. But the United Kingdom is bound by the Convention, as a matter of international law, to accept the decisions of the ECtHR on its interpretation. To reject such a decision would almost certainly put this country in breach of the international obligation which it accepted when it acceded to the Convention. I can see no advantage in your Lordships doing so.” Lord Hoffman in *R Home Secretary v. AF* [2009] UKHL 28, para. 70.

⁵² “[A] national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998 Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less.” Lord Bingham of Cornhill in *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, para. 20.

tal como es interpretada por su tribunal, se ha convertido en un punto de referencia para la revisión constitucional. No puede sino aceptarse que muchos tribunales constitucionales nacionales, aun cuando implícitamente, aplican métodos similares de escrutinio, con los derechos y libertades garantizadas por las Constituciones de los Estados siendo interpretados a la luz de su jurisprudencia”.⁵³

En cuanto al impacto que ha producido la Convención Europea sobre derechos Humanos y su jurisprudencia en los sistemas jurídicos nacionales, Sir Stephen Sedley, Lord Justice of appeal, dijo en 2006, que los tribunales del Reino Unido, los cuales deben actuar de conformidad con la Convención Europea, han considerado la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, todo lo cual ha dado lugar a “cambios invisibles en los modos de razonamiento jurídico”.⁵⁴

¿Por qué un juez estatal debería acatar la interpretación de los derechos proporcionada por la Corte Europea de Derechos Humanos?

Tal como han sostenido certeramente Saiz Arnaiz y Sarazá Jimena, “ni la supremacía constitucional puede hoy en día entenderse como se hacía hace años, ni la posición del Tribunal Constitucional, como supremo interprete de la Constitución, queda ajena a la existencia de sedes jurisdiccionales (fundamentalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo) que de

⁵³ “The Convention, as interpreted by your Court, has thus become a reference point for constitutional review. There can be no question but that many national constitutional courts, albeit implicitly, apply similar methods of scrutiny, with the rights and freedoms guaranteed by the Constitutions of the States being interpreted in the light of your case-law.” Sauvé, Jean-Marc: «Dialogue between Judges 2010 The Convention is yours”, Vice-President of the French Conseil d’Etat, Strasbourg, January 2010, p. 40.

⁵⁴ “As Sir Stephen Sedley, Lord Justice of Appeal, said here in 2006, the United Kingdom courts, which have to act consistently with the Convention, have regard to the case-law of your Court, which gives rise to “invisible changes in [the] modes of legal reasoning”.” Sir Stephen Sedley, Lord Justice of Appeal, England and Wales, “Personal reflections on the reception and application of the Court’s case-law”, Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2006, p. 84.

algún modo condicionan y hasta corrigen su entendimiento de los derechos fundamentales”.⁵⁵

Así, desde la perspectiva de los derechos humanos en la Unión Europea, en palabras de Sarazá Jimena, “sería deseable que el Tribunal Constitucional fuera aproximando su doctrina sobre los diversos derechos fundamentales a la sentada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en relación a derechos fundamentales “comunitarios” equivalentes”.⁵⁶ Sabemos que esta toma en consideración por el Tribunal Constitucional – cualquier Tribunal Constitucional- de la jurisprudencia internacional relativa al derecho internacional, y por sobre todo, al derecho internacional de los derechos humanos no es fácil y enfrenta antiguas fórmulas y estructuras de pensamiento jurídico. Una explicación posible a lo anterior, es que, como menciona Schwartz, en general, el derecho constitucional es una cuestión interna, ya que uno de los rasgos principales de una Constitución es regular las relaciones entre el Estado y los individuos y las relaciones entre los poderes del Estado.⁵⁷

Por lo tanto, es indudable que los derechos fundamentales de la Unión Europea (aquellos que derivan de las tradiciones constitucionales comunes y los que han sido plasmados en la Carta de los Derechos

⁵⁵ Sarazá Jimena, Rafael: “Primacía del derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso Cordero Alonso)”, en *Revista del Poder Judicial*, N°82 (2006), pp. 11-52, especialmente, p. 40; Saiz Arnaiz, Alejandro, “Presentación: Los derechos fundamentales en la nueva Europa, entre la autoridad normativa y la judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 58 (II), 2000, pp. 9-13.

⁵⁶ Sarazá Jimena, Rafael: “Primacía del derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso Cordero Alonso)”, en *Revista del Poder Judicial*, N°82 (2006), pp. 11-52, especialmente, p. 40.

⁵⁷ “Constitutional law in our country has been almost entirely a domestic matter. This is hardly surprising, because one of the primary features of a constitution is to regulate relations between the government and the persons subject to it, and relations among the elements of government.” Schwartz, Herman: “The Internationalization of Constitutional Law”, in *Human Rights Brief* 10, no. 2 (2003): 10-12.

Fundamentales de la Unión Europea⁵⁸) y la Convención Europea sobre Derechos Humanos, permean los ordenes estatales y obviamente también sus sistemas constitucionales, pero sólo en la medida que produzcan un efecto optimizador. Evidentemente, las normas y principios correspondientes son acompañados por su complemento natural, esto es, la interpretación de autoridad efectuada por el juez (de Luxemburgo o de Estrasburgo). En este sentido, por cierto, coincidimos con el juez Sarazá Jimena, “el contenido normativo de los derechos fundamentales (sic), no debe olvidarse, viene determinado no sólo por el enunciado originario sino también por la jurisprudencia que lo desarrolla”.⁵⁹ Por esta vías es que surge precisamente la noción de diálogo entre jueces multinivel, esto es, cuando un juez estatal toma en consideración para determinar el contenido y alcance de un derecho humano los criterios, estándares y el razonamiento jurídico seguido por el juez de Luxemburgo o Estrasburgo, u otra interpretación de autoridad de los derechos humanos.

Un caso de diálogo entre jueces multinivel ha sido el auto de procesamiento en contra de Manuel Contreras Sepúlveda, Guillermo Salinas Torres, Jaime Lepe Orellana, Pablo Belmar Labbé, Patricio Quilhot Palma, José Remigio Ríos San Martín y Michael Townley Welch, por un presunto delito de genocidio, delito de asesinato y un delito de detención ilegal de don Carmelo Soria Espinoza, pronunciado por el juez español Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción N°5 de la Audiencia Nacional (Madrid, España), con fecha 29 de octubre de 2012.

En dicho Auto el juez reitera los criterios que ya habían sido expuestos previamente por la Audiencia Nacional, en donde el tribunal se nutre de los criterios, principios y estándares fijados por otros órganos jurisdiccionales externos o foráneos, en este caso, internacionales. Es así

⁵⁸ Vid. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)

⁵⁹ Sarazá Jimena, Rafael: “Primacía del derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso Cordero Alonso)”, en *Revista del Poder Judicial*, N°82 (2006), pp. 11-52, especialmente, p. 40.

como el tribunal español recurre a los criterios establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos así como a los principios establecidos por la Corte Penal Internacional, esta vez, en relación con el principio de complementariedad.

En este caso, el juez, para esclarecer los estándares aplicables al principio o criterio de subsidiariedad o complementariedad, reproduce los razonamientos jurídicos invocados por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la formulación del Voto Particular al Auto de 23 de marzo de 2012 en el recurso de apelación interpuesto en el procedimiento DP 134/2009 del Juzgado Central de Instrucción N°6, cuyas conclusiones pueden ser aplicadas al caso presente.

En el contexto del principio de subsidiariedad o complementariedad y con el objeto de fundar su competencia, el juez español reproduce lo siguiente:

“El TEDH [Tribunal Europeo de Derechos Humanos] ha establecido que la investigación efectiva no supone en todo caso la apertura de una instrucción penal, pero sí que deberá estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva si no se abre o se clausura la investigación (Instrucción) “cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (Sentencias de 16 de diciembre de 2003 (Kmetty c/ Hungría ap. 37 y de 2 de noviembre de 2004 (Martínez Sala y otros c/ España ap. 156)).”

“Igualmente la Corte Penal Internacional (CPI) se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de complementariedad con la Jurisdicción de los Estados que rige sus actuaciones, estableciendo una jurisprudencia clara sobre cuándo debe actuar por

complementariedad y sobre las características de la investigación o actuación procesal de un tribunal nacional, para no actuar la complementariedad.”

“Estos criterios hasta donde han sido desarrollados en la escasa casuística existente hasta el momento, son estándares aplicables al presente caso.” [...]

“En definitiva, el TPI determina la admisibilidad del caso (establece su actuación complementaria) con base en: los específicos hechos tal como resultan en el momento en que se le presentan; la ausencia de información o evidencias con suficiente grado de especificidad y valor acreditativo de las alegaciones referidas al proceso seguido ante la jurisdicción nacional; la ausencia de legislación procesal o sustantiva vigente que permitan llevar a cabo la persecución penal; la falta de constancia de concretas actuaciones investigativas respecto, específicamente, de la misma persona y, sustancialmente, la misma conducta; la constada falta de voluntad de perseguir, investigar o juzgar a determinada persona.”⁶⁰

Para estimar válidas las sentencias extranjeras –como actos válidos del poder público- estos deben cumplir y respetar un núcleo absoluto de los derechos fundamentales. La vara de medir *sine que non* para cualquier acto del poder público es el respeto de dicho núcleo absoluto de derechos conforme al cual los tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los

⁶⁰ Vid. Juzgado Central de Instrucción N°5, Audiencia Nacional, Madrid, España. Auto pronunciado por Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, Magistrado-Juez, con fecha 29 de octubre de 2012. Sumario 19/1997-D.

Estados extranjeros. El juez español, a este respecto, realizó el siguiente razonamiento:

“Tampoco puede olvidarse que el reconocimiento por nuestros tribunales de la eficacia de una investigación solo aparente podría constituir una vulneración indirecta de la Constitución. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional, “los poderes públicos españoles pueden vulnerar indirectamente los derechos fundamentales cuando reconocen, homologan o dan validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras [...] El control del poder judicial español sobre la conformidad a los derechos fundamentales de la actuación de un poder público extranjero [...] no desaparece [...] Hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales conforme al cual los tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros (STC 123/2009, y también SsTC 224/07, 34/2008, 52/2008, 63/2008, 69/2008, 107/2008 y 123/2008).”⁶¹

Además, a nuestro modo de ver, es posible apreciar la influencia de los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos relacionados con hechos similares a aquellos ventilados por el tribunal español, tales como el caso Barrios Altos, La

⁶¹ Vid. Juzgado Central de Instrucción N°5, Audiencia Nacional, Madrid, España. Auto pronunciado por Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, Magistrado-Juez, con fecha 29 de octubre de 2012. Sumario 19/1997-D.

Cantuta y Almonacid Arellano, en donde la Corte Interamericana sentó el principio rector de la inadmisibilidad de las auto amnistías en casos de crímenes contra la humanidad y que los procesos y sentencias dictadas en casos donde se investigaba la perpetración de tales crímenes y que hubieran terminado por la aplicación de la referida autoamnistía, eran una apariencia de proceso y la cosa juzgada emanada de la sentencia solo era aparente. Este criterio, muy cercano, fue asumido por el juez español en su auto de procesamiento, de la siguiente manera:

“A la vista de la anterior doctrina jurisprudencial, y en atención al sobreseimiento decretado por la Corte Suprema de Chile en fecha 23 de agosto de 2006, en aplicación del Decreto Ley 2191 de 18 de abril de 1978, la conclusión que se alcanza no puede ser otra que la de que por parte de las Autoridades Judiciales Chilenas no ha existido una investigación y persecución realmente efectiva de los hechos objeto de la presente causa, sujeta a los estándares y presupuestos exigidos por la legalidad y jurisprudencia internacional antes reflejados, y ello precisamente por la aplicación que se hace del referido Decreto Ley, constituido, en dictamen del Ministerio Fiscal que asume este instructor, en un acto material de auto-amnistía de la dictadura militar chilena, que se camufló bajo la apariencia de norma jurídica, no obedeciendo a decisión alguna de un parlamento democrático en el ejercicio de la soberanía del país.

En definitiva, la investigación en la Republica de Chile fue cerrada por una amnistía que no respondía “al consenso total de las fuerzas políticas en un periodo constituyente” (STS 101/2012, de 27 de

febrero), suponiendo sin embargo un obstáculo que hace imposible la persecución eficaz del delito en el lugar de los hechos, motivo por el cual la jurisdicción española resulta competente para la investigación, enjuiciamiento y fallo del delito [...].”⁶²

Por tanto, a partir del ejemplo anterior, y en el sentido de este diálogo entre jueces de carácter vertical y, consecuentemente, multinivel, la intensidad, la fluidez, la aceptación, el grado de desarrollo y la perfección que ha alcanzado dicho diálogo en el contexto del Consejo de Europa es bastante elevado. A continuación veremos el grado de aceptación y desarrollo que habría alcanzado el diálogo multinivel en el contexto de la Organización de Estados Americanos (Corte IDH). Por otra parte, el diálogo entre un juez estatal y un juez supranacional – por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea- y viceversa, constituye otro ejemplo de esto. Por supuesto, estas comunicaciones judiciales “europeas” se encuentran mucho más desarrolladas, elaboradas, reguladas, con un alto grado de tecnicidad y especificidad procesal.

2. El diálogo entre el juez estatal y el juez interamericano

El derecho interamericano de los derechos humanos sólo sería coherentemente comprensible, si incluyera de una manera aglutinadora, tanto el Derecho de los derechos humanos -a través de sus diversas fuentes propias del derecho internacional- como asimismo la interpretación auténtica que de dichas fuentes realizan los órganos autorizados al efecto. El ordenamiento jurídico interamericano, comprometido con los derechos humanos, tiene una forma propia de

⁶² Vid. Juzgado Central de Instrucción N°5, Audiencia Nacional, Madrid, España. Auto pronunciado por Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, Magistrado-Juez, con fecha 29 de octubre de 2012. Sumario 19/1997-D.

entender y respetar los mismos, una forma que, a través de la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos influye en los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, modulando y moldeando la concepción nacional de los derechos fundamentales. En este sentido, la doctrina de los derechos fundamentales que se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se proyecta directamente en el interior de cada uno de los Estados partes cuando en estos se presenta una situación equivalente a los pronunciamientos de la Corte Interamericana.⁶³

En consecuencia, es posible apreciar casos concretos de diálogo entre jueces multinivel en el ámbito interamericano. En estos casos de diálogo se observa una doble dinámica. Por un lado, un diálogo que prospera en el sentido de una afirmación de la autoridad interpretativa y aplicativa de la jurisdicción interamericana. Este aspecto positivo del diálogo multinivel se aprecia con mayor fuerza en aquellas jurisdicciones que han adoptado la visión del juez estatal, particularmente, del juez constitucional, como el juez común de derechos humanos, como la Corte Constitucional colombiana.⁶⁴ Por otro, un diálogo que arroja como resultado la reivindicación del juez estatal para discrepar de la autoridad de cosa interpretada interamericana. Por esta razón, cuando se piensa en el diálogo judicial multinivel en América latina la imagen que aparece en la mente es “un paso adelante y a veces dos pasos atrás”. A continuación veremos ejemplos específicos de cada caso.

En Brasil, el 14 de agosto de 2012 el Tribunal Regional Federal Primero (TRF-1) del Estado de Pará, ordenó la suspensión de los trabajos de construcción de la represa y central hidroeléctrica Belo Monte, en el Rio

⁶³ Vid. *mutatis mutandis*, Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio: “Una reflexión acerca de la influencia del derecho comunitario sobre la concepción estatal de los derechos fundamentales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 58 (II), septiembre-diciembre 2000, pp. 65-92.

⁶⁴ “Las cortes, tribunales o salas constitucionales en América Latina se han fortalecido como verdaderas instancias de protección de los derechos fundamentales.” Soberanes Fernández, José Luis: *Derechos humanos y su protección constitucional*. México: Porrúa, 2012, p. 34.

Xingu, en la Amazonia. Belo Monte sería la tercera represa más grande del mundo (después de Tres Gargantas en China, e Iguazu en Brasil, Argentina y Paraguay). El mencionado tribunal federal del Estado de Pará, Brasil, estimó que los indígenas que habitaban y ocupaban tradicionalmente las tierras y territorios existentes en la zona de construcción e inundación de la central hidroeléctrica Belo Monte no habían sido debidamente consultados antes del inicio de las obras. En esta decisión, el juez federal aplicó, al menos tácitamente, el razonamiento jurídico y por tanto los estándares establecidos en forma reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la realización de proyectos de envergadura –como es el caso de Belo Monte– en tierras y territorios indígenas.⁶⁵ Con todo, el 27 de agosto, el Ministro Carlos Ayres Brito del Supremo Tribunal Federal suspendió los efectos de esta sentencia hasta que se resolvieran los recursos interpuestos en contra de esta sentencia ante dicho tribunal.

También en el contexto del Estado de Brasil, el 29 de agosto de 2012, se adoptan una serie de decisiones de tribunales federales brasileños manteniendo la vigencia de la Ley de Amnistía de Brasil de 1979, pero declarando el procesamiento de sospechosos de desaparición forzada de personas fundándose en la calidad del secuestro calificado como delito permanente.

Así, la justicia federal de Marabá, en Pará, recibió las denuncias del Ministerio Público Federal contra el coronel de la reserva del Ejército brasileño Sebastião Curió Rodrigues de Moura y el mayor de la reserva Lício Augusto Maciel. Los dos son acusados de secuestro calificado de militantes capturados durante la represión de la Guerrilla de Araguaia en la década de los años 70 y hasta hoy desaparecidos. La jueza Nair Pimenta de Castro, consideró presentes los requisitos para transformar a los militares en los primeros reos de la justicia brasileña por crímenes cometidos durante la dictadura. Para el Ministerio Público Fiscal, la

⁶⁵ Corte IDH: *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

responsabilidad penal de Sebastião Curió e Lício Maciel es obligación del Estado brasileño ante la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema y no contradice la Ley de Amnistía o el juzgamiento del Supremo Tribunal Federal. Los procuradores responsables por los dos casos apuntan a los acusados como responsables por crímenes contra la humanidad. En consecuencia, en este caso, es evidente que los tribunales estatales asumen el razonamiento y los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund* de 2010.⁶⁶

En el caso chileno, en varias sentencias del año 2012 sobre crímenes cometidos durante la dictadura, la Corte Suprema de Chile ha aplicado prácticamente en forma íntegra, pero no siempre explícita, la interpretación –esto es, el razonamiento y los criterios jurídicos– que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado, particularmente, en el caso *Velázquez Rodríguez* de 1988, respecto de las leyes de amnistía, los crímenes contra la humanidad y su imprescriptibilidad.⁶⁷

En efecto, con fecha 24 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Chile, dictó sentencia en los recursos de casación interpuestos, por un lado, por la defensa de los sentenciados y, por otro, por la asesoría letrada del Programa de la Ley 19.123 del Ministerio del Interior con el objeto de anular la sentencia de fecha 15 de enero de 2010 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción. En esta sentencia la Corte Suprema confirma su jurisprudencia constante de los últimos años en relación con las desapariciones forzadas ocurridas durante la época de la dictadura militar y particularmente aplica el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. El 18 de junio de 2012, la Corte Suprema dictó otra sentencia, sobre una situación similar, que sigue

⁶⁶ Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C No. 219.

⁶⁷ Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4

un razonamiento jurídico equivalente a la antes mencionada, que continua la senda del nuevo Derecho que sabiamente ha emprendido, desde hace algún tiempo ya, el máximo tribunal.⁶⁸

En efecto, la sentencia de la Corte Suprema, en el caso sobre el *secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*, efectúa a cabalidad un control de convencionalidad de la manera que señala las enseñanzas de la Corte IDH. En este caso, el control de convencionalidad es implícito y explícito a la vez. En esta parte nos referiremos a la forma implícita del control. Así, el control es implícito, en el sentido de que los jueces del máximo tribunal no indican expresamente la jurisprudencia de la Corte IDH en la que basan su argumentación.

Así, refiriéndose a los límites en el ejercicio del poder y a los elementos básicos compartidos de un Estado de Derecho, en su considerando 11°, la sentencia señala: “Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los responsables de determinadas acciones, no es posible admitir que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus fines, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.”⁶⁹ Como se ha mencionado, esta parte del razonamiento del tribunal se basa en la sentencia de la Corte IDH pronunciada en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1988.⁷⁰

Por último, en el caso de Perú, el 20 de julio de 2012, la Corte Suprema peruana, utilizando un arsenal impresionante de jurisprudencia interamericana decide liberar de responsabilidad a un acusado de crímenes internacionales en el caso Barrios Altos, porque considera que

⁶⁸ Vid. Corte Suprema: *Secuestro calificado de Héctor Vergara Doxrud*. Recurso de Casación. Rol N° 12.566-11. Sentencia de fecha 18 de junio de 2012.

⁶⁹ Corte Suprema: *Secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz*. Recurso de Casación. Rol N° 288-12. Sentencia de fecha 24 de mayo de 2012. Sentencia de Reemplazo. Considerando 11°.

⁷⁰ Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, para. 154.

no se trata de crímenes contra la humanidad, a pesar de lo decidido en el caso sobre los mismos hechos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷¹

En efecto, en virtud de la emisión de la Ejecutoria Suprema de 20 de julio de 2012 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República de Perú, por la que resuelve el recurso de nulidad planteado por las personas previamente condenadas por violaciones a los derechos humanos cometidas contra las víctimas del caso Barrios Altos por la Primera Sala Penal Anticorrupción emitida el 1 de octubre de 2010. En dicha Ejecutoria Suprema de 20 de julio de 2012, se resuelve que los crímenes de Barrios Altos no son delitos de lesa humanidad; se absuelve a uno de los procesados; y se reduce la pena de varios de los procesados.

En resumen, el 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Perú por el caso Barrios Altos. En este caso, el día 3 de noviembre de 1991, fuerzas militares perpetraron una matanza de personas, según un plan y una política de de eliminación diseñado por el ex Presidente Alberto Fujimori y su cohorte. En 1995 se dictaron las respectivas leyes de amnistía. En la sentencia mencionada, la referida Corte afirmó que los hechos de la causa constituían crímenes contra la humanidad y que respecto de ellos no cabía amnistías, ni indultos, ni prescripciones. Como consecuencia de dicha sentencia de la Corte IDH, en abril de 2001 se reabrió el proceso penal en Perú. El viernes 20 de julio de 2012, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú hizo pública la sentencia –adoptada por unanimidad– por la cual se cambian calificaciones de los tipos penales y se rebajan las penas.⁷² Dentro de las medidas más criticables consiste en que el tribunal señala que los hechos de la causa no configuran un crimen de lesa humanidad, aun cuando sí una violación de derechos humanos y un delito común. La

⁷¹ Corte IDH: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87

⁷² Corte Suprema de Justicia Sala Penal Permanente R.N. N° 4104-2010 Lima. Sentencia de fecha veinte de julio de dos mil doce.

sentencia fue suscrita por los magistrados Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Morales Parragués y Miranda Molina.⁷³ Las víctimas y organizaciones de defensa de los derechos humanos acusan vicios en el juicio y atentados contra el debido proceso y la independencia e imparcialidad del tribunal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una audiencia de seguimiento de la ejecución de la sentencia interamericana. En este caso, la Corte Suprema peruana se vale de la propia jurisprudencia interamericana para intentar justificar su resolución que, en definitiva, desarticula el fallo de la Corte IDH de 2001. Al menos, el lado positivo, significa que hay algún tipo de comunicación e interacción entre los jueces estatales y los jueces interamericanos.

Todos estos casos son el reflejo de una tendencia creciente en la esfera interamericana hacia un diálogo reforzado entre jueces, de carácter multinivel, que refleja los distintos niveles de desarrollo y aplicación de las normas de derechos humanos, las cuales poseen, evidentemente, un elemento constitucional subyacente.

Reflexiones finales

El mundo ha cambiado en relación a cómo era antes de la Segunda Guerra Mundial y, luego, a cómo era antes de la caída del Muro de Berlín. Este cambio se refleja –en lo que a nosotros aquí nos interesa resaltar– en las formas de proceder y en las formas de razonar jurídico, pero además, en las formas de definir el Derecho, tanto a nivel estatal como internacional en el contexto de la protección de los derechos humanos. Un creciente diálogo entre jueces estatales pertenecientes a distintas jurisdicciones estatales y también entre jueces estatales y jueces internacionales es una manifestación de este proceso evolutivo. Se

⁷³ Rivera Paz, Carlos: “La sentencia del caso Barrios Altos: el nuevo instrumento de la impunidad”, en Instituto de Defensa Legal (IDL), 23 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.idl.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=286> [Visitado el 1/8/2012]

desprende de estas comunicaciones e interacciones, sobre todo de aquellas que culminan con una fertilización judicial, que en la determinación del derecho, particularmente, en la determinación de los derechos humanos hay otros elementos normativos que podrían incorporarse a las fuentes del derecho. En efecto, los criterios, los estándares de elaboración pretoriana, las doctrinas judiciales forjadas en foros extranjeros o internacionales de derechos humanos servirían al juez estatal para delimitar, limitar y fijar los contenidos de los derechos humanos. La tendencia es hacia un reconocimiento creciente de que el Derecho no fluye exclusivamente del Estado ni es exclusivamente de producción estatal. Esta artificialidad, que tuvo su nacimiento y auge en una época pasada determinada, se ha revelado incompleta. Y se ha revelado incompleta porque la producción del derecho entendido como monopolio estatal depende de la permanencia de esta creación que es el Estado, y sobre todo de una forma determinada de Estado, esto es, del Estado-Nación.

La globalización ha importado relevantes consecuencias para el Estado y el ejercicio de sus competencias soberanas, una de cuyas es la potestad normativa del Estado. El derecho de la globalización es un derecho, muchas veces, de producción privada y la mundialización del derecho conduce a la identificación normativa de valores y principios normativos de especial jerarquía, en general, reflejados en los derechos humanos. En esta función identificadora, el juez pasa a ocupar un papel preponderante, incluso ante el derecho legislado. Esta mayor relevancia asignada al derecho determinado por el juez se ve legitimada, en mayor medida, si se considera al juez estatal, como el juez de derecho común de los derechos humanos.

En esta función identificadora de estándares, valores y principios, de complemento de las normas, de completamiento del ordenamiento jurídico, de definición de contenidos, contornos y límites de los derechos fundamentales, el juez estatal se auxilia y recurre a sus congéneres allende las fronteras. En materia de derechos humanos, el juez estatal tiende cada

vez más a recurrir –no siempre para asumir la posición, sino también para contrastar o corroborar- a la interpretación de autoridad, esto es, a la jurisprudencia del juez de Estrasburgo o de San José. Cuando el juez estatal se auxilia de la jurisprudencia europea o interamericana –que proviene de otros niveles jurisdiccionales-, inicia y desarrolla, por este medio, un diálogo entre jueces de carácter vertical y, consecuentemente, multinivel. Este diálogo judicial multinivel refleja la existencia de un diálogo de carácter constitucional multinivel ya que aborda la protección de derechos con carácter o fundamento constitucional, independientemente del instrumento formal en el que dichos derechos humanos se encuentren incorporados. El diálogo judicial multinivel respecto de los derechos fundamentales, normalmente, conduce a influencias e interacciones recíprocas, pasando criterios, doctrinas, principios y razonamientos jurídicos de un foro a otro, generando lo que se conoce, a raíz de este método comparativo, como la fertilización judicial cruzada.

Este efecto –de fertilización judicial cruzada- es lógico y natural ya que estamos en un contexto de globalización, donde no sólo se comparten acontecimientos comunes sino además un marco normativo común, respaldado y apoyado por un avance creciente de valores compartidos. Por lo tanto, la fertilización se produce como consecuencia que los tribunales comparten experiencias, métodos y mecanismos de interpretación, aplicación y entendimiento del derecho, singularmente, de los derechos fundamentales. Falta por desarrollar los criterios, de coherencia, de compatibilidad y de respeto a la propia identidad constitucional, conforme a los cuales podría producirse esta fertilización judicial cruzada. Y antes, resta por ver, cuál es la recepción real y práctica de esta noción de diálogo entre jueces multinivel tanto en la jurisdicción ordinaria como constitucional chilena.

El uso del Derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile entre 2006-2010

Use of foreign Law and jurisprudence by the Chilean Constitutional Court: 2006-2010.

Liliana Galdámez Zelada

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Talca¹ *

Resumen

Este trabajo analiza el uso del Derecho y jurisprudencia extranjera por parte del Tribunal Constitucional Chileno, su incidencia en los derechos fundamentales y en la delimitación de las relaciones con el legislador.

Abstract

This article analyses the Chilean Constitutional Court's use of foreign law and jurisprudence, as well as its incidence on fundamental rights and on the clarification of its relations with the Parliament.

Palabras clave: diálogo interjudicial, derecho comparado, jurisprudencia Tribunal Constitucional.

Keywords: judicial dialogue, comparative law, constitutional jurisprudence

¹ Liliana Galdámez Zelada es Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Es profesora e investigadora del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.

* Este artículo es resultado de las investigaciones del proyecto FONDECYT 1110016 2011-2013 "Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre utilización del Derecho Constitucional Extranjero y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus Implicancias para el Parámetro de Control de Constitucionalidad" del que soy co investigadora.

Planteamiento

En su actividad jurisprudencial el Tribunal Constitucional chileno recurre con frecuencia a diversas fuentes del Derecho para elaborar sus juicios de constitucionalidad, una fuente de creciente desarrollo es el Derecho y la jurisprudencia extranjera.

En el clásico trabajo del profesor Peter Häberle, *Métodos y principios de interpretación constitucional*. Un catálogo de problemas², presentado en 1999 en la Universidad de Granada, a los cuatro métodos de interpretación constitucional: gramatical, histórico, el contexto y el “telos” de la norma, Häberle propuso incorporar un quinto: el método de la *comparación constitucional cultural*, que “se revela especialmente apropiada para el pensamiento científico cultural: en el plano de la comparación jurídica europea, así como en el plano de la comparación jurídica “interna”³. En este sentido señaló: “El pensamiento científico cultural puede así, en la comparación jurídica (constitucional) en parte justificar y esclarecer las diferencias, en parte conducir a afinidades”⁴.

El uso de la técnica del Derecho comparado, más recientemente, ha dado origen a lo que la doctrina ha llamado diálogo interjudicial. En este sentido Burgorgue-Larsen (2009): “Se puede considerar que el derecho constitucional europeo o el “constitucionalismo europeo” tiene que ver con la creación de un *ius comune* tanto en lo que concierne a las modalidades de ejercicio del poder como a la protección de los derechos fundamentales en la Europa de los veintisiete para, al fin y al cabo, limitar el poder político por la fuerza del Derecho”⁵.

² HÄBERLE, Peter (2010): “Métodos y Principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ReDCE. Año7, Num 13. Enero Junio/2010, pp 379-411.

³ *Ibid* pp.387

⁴ *Ibid*, pp 389.

⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2009): “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. Versión provisional”. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. San Sebastián, Donosita, noviembre de 2009. Disponible en:

Podemos afirmar entonces, que lo que inicialmente se planteó como un uso extendido de la técnica del método comparado derivó con el correr de los años y el desarrollo de procesos de integración como el europeo, en el denominado dialogo judicial. Dicho diálogo se distingue del uso de la técnica del Derecho comparado por la existencia de una suerte de Derecho común, más allá de lo que Häberle llama la *universalización* del Derecho⁶.

Queremos decir, y esto se debe recalcar, que donde más claramente se perfila este Derecho común es en el ámbito constitucional europeo, marcado ya no sólo por el proceso de integración político si no también por la Carta Europea de Derechos Fundamentales que adquirió fuerza vinculante a partir del Tratado de Lisboa firmado en 2007. En definitiva, este proceso de integración avanza un paso más allá de la universalización.

En este trabajo asumiremos pues, que la distinción entre diálogo y Derecho comparado se encuentra en la creación de un Derecho común, más factible en la lógica del diálogo interjudicial.

De manera que la primera pregunta nos planteamos es si acaso la actividad que desarrolla el Tribunal Constitucional cuando invoca Derecho y Jurisprudencia extranjera está en sintonía con el uso comparado del Derecho (universalización) o se enmarca en la creación de un Diálogo (Derecho común). En nuestra opinión y como se podrá ver más adelante, la actividad del TC se explica mejor en el uso la técnica del Derecho comparado.

En efecto, aunque la actividad que el TC lleva a cabo para la delimitación de los contenidos dogmáticos y orgánicos de la Constitución dejó de ser una actividad desarrollada única y exclusivamente en consideración a normas y fuentes del Derecho nacional, esta actividad no le lleva a formar parte de un Derecho común latinoamericano o a

⁶ En este sentido vid: E.J SCHWÖBEL Christine (2011): *Global constitutionalism in International Legal perspectiva* (Boston) 205 pp.

contribuir como un actor relevante en su creación. Para ello sería condición que la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH fueran asumidas por el TC, no en relación a casos concretos sino como una regla interpretativa de aplicación constante⁷. Además, esta afirmación se basa en el hecho de que las fuentes extranjeras más citadas por nuestro tribunal no provienen del entorno latinoamericano sino del Derecho constitucional europeo.

Ahora bien, es importante introducir una distinción entre la invocación del DIDH y el Derecho extranjero. Tal vez sólo en el primer caso estemos en condiciones de descubrir la existencia de un Derecho común. Dicho esto, debemos tener presente que en este trabajo nos centraremos en el uso del Derecho y jurisprudencia extranjeros, sin embargo, el TC chileno invoca, junto a diversas otras fuentes del Derecho, a la Convención Americana de Derechos Humanos pero no recurre con la misma intensidad a jurisprudencia de la Corte IDH, ni tampoco se refiere a las sentencias tribunales constitucionales del entorno cuando interpretan dicha convención. En cualquier caso esta materia es motivo de una investigación autónoma del trabajo que se presenta ahora.

Como hemos dicho, la creación de un Derecho común es lo que está ocurriendo en el ámbito de la Unión Europea donde existe un ordenamiento supranacional integrador que anima a los jueces a invocar los criterios desarrollados por otros jueces europeos en la interpretación de tratados e instrucciones de aplicación en toda la Unión. Siguiendo con Burgorgue-Larsen, precisamente el título de su trabajo: Formación del un Derecho constitucional europeo, nos lleva a plantear una primera prevención que nos aleja de la fórmula del espacio constitucional común.

Analizaremos el uso del Derecho y jurisprudencia extranjera por parte del TC, referencias que aunque limitadas desde el punto de vista cuantitativo, tienen mayor significado cuando se analiza el contenido de esas invocaciones. Y, dicho sea de paso, nuestro TC hace más referencias al

⁷ Vid: GALDAMEZ ZELADA, Liliana (2011): *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos* (Santiago, Editorial Librotecnia) 337 pp.

Derecho español y Alemán que a las jurisdicciones de nuestro entorno cercano. Ya volveremos sobre esta cuestión.

La invocación de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales y doctrina extranjera es una práctica que va de menos a más en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. En este sentido afirma Jorge Correa Sutil: “La jurisprudencia del TC en materia de igualdad, iniciada en la primera mitad de la década de los 80, tuvo un enriquecimiento conceptual significativo a partir del año 2006, en que el Tribunal empezó a fallar causas de inaplicabilidad. Cuando decimos enriquecimiento conceptual, nos referimos a que el Tribunal, tomando criterios empleados por doctrinas de influencia universal y particularmente los en boga en tribunales constitucionales europeos, declaró cuáles eran sus estándares para examinar si una norma infringía o no el principio de igualdad”⁸.

Este trabajo analiza el uso del Derecho y jurisprudencia extranjera desde el punto de vista cuantitativo- metodológico y cualitativo.

I.- Análisis cuantitativo y metodológico

Si bien desde el punto de vista cuantitativo la invocación de jurisprudencia y Derecho extranjero no es significativa, un estudio de los contenidos de esas invocaciones, los ámbitos que cubre y los efectos de las sentencias, indican que se trata de una actividad con desarrollo creciente y de alcances significativos.

El estudio que se presenta enseguida tiene como punto de partida el año 2006, que es cuando se pone en marcha e implementa la reforma

⁸ Correa Sutil, Jorge, “Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?” En *Anuario de Derecho Público 2011 Universidad Diego Portales*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 2011, pp.98.

constitucional de 2005 en la que el Tribunal Constitucional amplía el número de sus magistrados y se aumentan sus competencias⁹.

Para partir, debemos señalar que la invocación del Derecho y jurisprudencia extranjera en ocasiones es blanda, poco fundada (por ejemplo, roles: 986, 821, 740, 1029, 1140, 1345, 1204, 1404); también podemos encontrar referencias a sentencias de Tribunales Constitucionales donde se indica la fecha de la sentencia pero no se agrega un número de identificación (ejemplo Rol 1588); que refuerzan los argumentos del TC, pero no se reproducen los párrafos donde se introducen los contenidos que están en sintonía con la decisión del TC.

Asimismo, la invocación se produce mayoritariamente en la sentencia y en algunas ocasiones en votos particulares (previnientes o disidentes). Por otra parte, la mayoría de estas referencias invoca jurisprudencia (en total 35 sentencias) y también en algunos casos dicha referencia viene asociada a la invocación del Derecho extranjero.

Hemos distinguido dos etapas o momentos en el uso de la técnica del Derecho comparado, una primera etapa de menor intensidad, con escasas referencias al derecho extranjero, y una segunda donde aumenta la frecuencia de uso del Derecho comparado.

⁹ “Se ha reconocido que el funcionamiento del Tribunal Constitucional chileno ha pasado por 3 etapas: La primera (1970–1973) obedece al primer Tribunal de 5 miembros creados por la reforma constitucional de 1970, el cual alcanzó a emitir sólo 17 pronunciamientos antes de ser disuelto, en noviembre de 1973, producto de la convulsión política y social por la que atravesó el país en ese tiempo. La segunda etapa (1981–2005) se inicia con la instalación, en 1981, del Tribunal de 7 miembros creado por el Capítulo VII de la Constitución de 1980, el cual ha funcionado interrumpidamente desde entonces, pero con sustanciales cambios a su composición y atribuciones a partir de la reforma constitucional de agosto de 2005. El 26 de febrero de 2006 inicia su vigencia esta reforma y, con ella, la tercera etapa del Tribunal Constitucional que funciona en la actualidad compuesto de 10 miembros y con un significativo aumento de sus competencias en relación con las que le había otorgado el texto original de la Carta Fundamental”. PEÑA Marisol (2008): “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno” *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6 No 1, 2008, pp. 205–222.

1.- Años 2006-2007: la etapa de las referencias escasas al Derecho y jurisprudencia extranjera.

En el año 2006, en un total de 80 sentencias no existen referencias significativas al derecho ni a la jurisprudencia extranjera, salvo un caso en que no existe pronunciamiento por empate en los votos y en tres sentencias en votos concurrentes roles: 718, 759, y 773.

En el año 2007 se comienza a utilizar más derecho extranjero. De un total de 204 sentencias: “en tres sentencias utilizan normas de derecho constitucional extranjero de Estados Unidos, Alemania, España, Francia e Italia” (roles 718, 759, 773)

Una sentencia se refiere a concepciones sobre justicia administrativa en el derecho positivo de diversos estados en referencia abstracta y sin precisión (Rol 616). Respecto de las citas de jurisprudencia de otros tribunales constitucionales puede establecerse: doce sentencias citan jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (roles No 519, 527, 549, 576, 616, 664, 718, 759, 773, 783, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia de la Corte Constitucional alemana (roles No 616, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia del Consejo Constitucional francés (roles No 616, 664 y 786); en dos sentencias cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (roles No 718 y 786); en dos cita jurisprudencia de la Corte Suprema de México (roles 718 y 780); en dos sentencias cita jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (roles No 790 y 804)”¹⁰.

En definitiva: 12 referencias al TCE; 3 a la Corte Constitucional Alemana; 3 al Consejo Constitucional francés; 2 al Tribunal Constitucional

¹⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2011): “El uso del derecho extranjero e internacional por parte del Tribunal constitucional chileno: período 2006-2007”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional en Homenaje al centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, y presentado para ser publicado en la Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. pp.7.

Perú; 2 a la Corte Suprema México; 2 a la Corte Constitucional Colombia todas en un total de 204 sentencias.

2.- Años 2008-2009-2010: uso creciente de la técnica del Derecho comparado.

Las citas al Derecho y jurisprudencia extranjera que se producen en 2008 son en primer lugar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte Suprema Italiana, el Consejo de Estado Francés, así como a jurisprudencia constitucional de Costa Rica, Ecuador, Colombia, de la Corte Suprema Argentina y Estados Unidos.

De un total de 280 sentencias es citada jurisprudencia y normas extranjeras en 17. Las referencias al Derecho y jurisprudencia extranjero son: España:13 referencias (roles 755, 986, 821, 834, 986, 946, 1170, 1138, 1216, 1133, 1065, 1029, 1144); Alemania: 10 referencias (roles 755, 986, 1273, 821, 834, 1170, 1138, 1133, 1065, 1029); Francia 7 referencias (roles 755, 986, 821, 1216, 1065, 993, 740) ; Italia 6 referencias (roles 755, 986, 821, 968, 1065, 1029) ; Colombia 3 referencias (roles 755, 968, 1138) ; Costa Rica 3 referencias (roles 755, 740, 1138); Ecuador, Argentina y Estados Unidos 1 referencia, todas en rol 740.

La mayor parte de estas referencias ya no se encuentran en votos particulares sino en la sentencia, en votos concurrentes estas invocaciones se producen en al menos 2 casos.

En el año 2009 es invocada jurisprudencia y Derecho extranjero en 12 sentencias de un total 186 fallos dictados en el período.

El Derecho y la jurisprudencia extranjera más citada proviene de los siguientes países: España:11 referencias (roles 1140, 1217, 1173, 1361, 1250, 1345, 1204, 1247, 1254, 1288, 1349) ; Alemania, 6 referencias (roles 1140, 1217, 1361, 1204, 1254, 1288) ; Italia, 4 referencias (roles 1140, 1173, 1345, 1254) ; Francia, 3 referencias (roles 1140, 1361, 1254) ;

Colombia, 3 referencias (roles 1140, 1173, 1254); Costa Rica, 2 referencias (roles 1140, 1254).

Se invoca de preferencia jurisprudencia (en 12 ocasiones) y en menor medida: Derecho extranjero (tres referencias). Las referencias a jurisprudencia son mayoritariamente fundadas y sólo en 3 casos se trata de referencias vagas. Dichas relaciones se producen mayoritariamente en los considerandos de la sentencia y sólo en dos casos esta referencia se produce en votos disidentes/previnientes.

En el año 2010 es citada jurisprudencia y derecho extranjero en 16 sentencias de un total de 218.

Los ordenamientos y jurisprudencia más invocados son: España, 12 referencias (roles 1535, 1445, 1365, 567, 1414, 1463, 1413, 1399, 1518, 1576, 1409, 1824) ; Alemania, 10 referencias (roles 1535, 1365, 1273, 1348, 1404, 1414, 1399, 1576, 1419, 1824); Argentina, 4 referencias (roles 1588, 1273, 1348, 1576); Perú, 2 referencias (roles 1588, 1576); Ecuador, Italia, Francia, México:1 referencia (roles 1588, 1576 y 1576 respectivamente), y una genérica referencia a las “constituciones europeas”. De preferencia se invoca la jurisprudencia y excepcionalmente incluso normas provenientes del Derecho extranjero.

En definitiva, una revisión de esta actividad nos muestra su evolución, su creciente desarrollo la persistencia de algunos problemas derivados de referencias vagas, poco claras o no debidamente reproducidas.

3.- Uso del Derecho y jurisprudencia extranjera: metodología.

En cuando al método que el TC emplea a la hora de hacer referencias a jurisprudencia y Derecho extranjero se aprecian algunos problemas, como consta en los fallos que se analizarán en el siguiente apartado. En primer lugar, que en ocasiones el TC hace referencia a

trabajos de autores que sistematizan la materia en controversia, por ejemplo la gratuidad o no de la defensa en juicio (Rol 755), sin que quede suficientemente claro si el tema ha sido sistematizado por el TC o si se trata de estudios académicos en la materia. Así por ejemplo, cuando hace referencia a jurisprudencia, en verdad esta citando un texto que a su vez remite o reproduce jurisprudencia extranjera. Lo lógico en estos casos es que el TC recurriera directamente a la fuente, a la sentencia o la norma del TC extranjero y no a la doctrina, a la que podría recurrir, pero aclarando que esta invocando normas o jurisprudencia sistematizadas por la doctrina.

Asimismo, siguiendo con la causa Rol 755, el TC cita un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e indica , fecha, luego caso Van der Músele, pero no identifica el país condenado, siendo por tanto incompleta. También encontramos casos en los que se citan sentencias con errores en cuanto al año de su emisión, por ej. Rol 1216, sentencia de 30 de octubre de 2008, considerando 8, donde se hace a su vez referencia a la TCE 101/2008, cuando en verdad es una sentencia de 1983 de fecha 18 de noviembre y no de 24 de julio de 2008 como afirma la sentencia.

II. El Derecho comparado como criterio para la interpretación constitucional: algunos derechos en juego

Las materias donde el TC hace referencia al Derecho y jurisprudencia extranjera, pueden clasificarse en invocaciones para definir asuntos relacionados con la parte dogmática, y otros para aclarar cuestiones orgánicas de la Constitución. Los primeros vinculados a Derechos fundamentales y los segundos con la definición y límites de las relaciones entre el TC y el legislador.

En cuanto a los ámbitos dogmáticos, las referencias se producen en relación a: igualdad y no discriminación; vida; libertad de opinión y rectificación; tutela judicial efectiva; derecho al honor; otras cuestiones

como la vigencia del solve y repete, la constitucionalidad de los registros de ADN y limitaciones al derecho de propiedad. De estos derechos, es en el ámbito del principio de igualdad y no discriminación donde se encuentra el mayor número de referencias a la jurisprudencia extranjera (por ej. roles 755, 986, 1273, 834, 1170, 1138, 1133, 1140, 1217, 1173, 1345, 1204, 1254, 1340, 1535, 1365, 1273, 1348, 1414, 1399, 1419-09 ina, 1824).

Cabe advertir que el Derecho comparado es una de las fuentes auxiliares a la que el TC recurre en conjunto con otras, como la doctrina, el sistema interamericano y europeo de protección a los derechos humanos, tratados del sistema regional y universal de protección de los derechos humanos y sus órganos. Entre estas fuentes no es posible establecer un orden jerárquico o de prelación, sin embargo podemos afirmar que la jurisprudencia constitucional extranjera es un aporte significativo, por ejemplo, en la definición de problemas asociados a la igualdad ante la ley.

Revisaremos las invocaciones al Derecho y jurisprudencia extranjeras en el ámbito de los derechos fundamentales y prestaremos, por su mayor frecuencia e incidencia, mayor atención a los contenidos asociados a la igualdad ante la ley.

1.- Derecho a la vida

A.- A propósito del inicio de la vida: Rol 740 sentencia de 18 de abril de 2008¹¹.

De interés nacional fue la sentencia sobre protección del derecho a la vida, dictada por el TC a raíz del control de constitucionalidad del Decreto Supremo No 48 del Ministerio de Salud que disponía la

¹¹ Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.

distribución gratuita en centros de de salud públicos de la “píldora del día después”¹². En esta el TC resolvió, ante la duda razonable que el principio activo levonorgestrel afectara la vida del nasciturus, la inconstitucionalidad de las normas sobre regulación de la fertilidad que integraban el DS 48 del Ministerio de Salud en la parte que se refiere a la anticoncepción de emergencia.

En este caso, también fueron invocados diversos tratados de derechos humanos en diversos sentidos: para reforzar argumentos y también para delimitar su titularidad, dado que el inicio de la vida no fue definido en la Constitución de 1980.

Los Ministros recurrieron además a la jurisprudencia comparada para concluir que el nasciturus es persona desde la concepción¹³. También en su voto disidente el Ministro Vodavovic, hizo referencia a la controversia jurisprudencial ocurrida en Estados Unidos en relación al

¹² “Lo que ha de resolver, entonces, esta Magistratura, es la constitucionalidad de las normas contenidas en un acto administrativo que obliga a los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, tal como se indica en el N° 4 del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, conforme al alcance con que la Contraloría General de la República tomó razón de dicho decreto. Se trata, como puede apreciarse de su sola lectura, de normas infraconstitucionales dirigidas a aconsejar, prescribir y distribuir gratuitamente, por parte de órganos del Estado, un fármaco, para cuya decisión, por cierto, este Tribunal no puede dejar de considerar los eventuales efectos nocivos que en el derecho a la vida de las personas, desde su concepción, pueda producir su ingesta”. Rol 740 –CDS, Considerando Décimo.

¹³ “Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente– señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. De esta manera, este tratado internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico chileno– resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquélla que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución...Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente – y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción Rol 740 –CDS, Considerandos Quincuagesimotercero y Quincuagesimocuarto.

inicio de la vida, en la que la Corte Suprema Federal llama a no especular con una respuesta en la que científicos, filósofos y teólogos no están de acuerdo.

Como puede verse, en este caso la jurisprudencia extranjera permite reforzar argumentos que conducen a distintas conclusiones en la determinación del inicio de la vida, lo que da cuenta de la complejidad de este debate.

Considerando 41.-“Jurisprudencia de otros tribunales del continente que se ha expresado en términos similares a los del TC en esta sentencia:

Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia de 15 de marzo de 2000: sostuvo que “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico” (citada en el Informe en Derecho de los Profesores Alejandro Silva Bascuñán y Francisco Cumplido Cereceda acompañado por la Fundación de Estudios Evangélicos).

Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en fallo de 5 de marzo de 2002, en los autos sobre amparo incoados por la entidad Portal de Belén, ha señalado que: “En la causa T.,S.”, antes citada, este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes) (considerando 12°);

Ministro Señor Hernán Vodanovic Schnake (voto disidente):

“a partir del caso Roe v/s Wade, de los años 1970, en Estados Unidos, estudiado mundialmente, encontramos

jurisprudencia acerca de las alegaciones sobre el inicio de la vida a partir de la concepción y respecto de los alcances de la autonomía reproductiva de la mujer. En dicho caso el Estado de Texas alegó que el inicio de la vida era la concepción y la Corte Suprema Federal, en relación a la posibilidad de establecer en sede jurisdiccional el momento del inicio de la vida, señaló que “si los médicos, los teólogos o los filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta”¹⁴.

B.- A propósito de la educación sexual y el Derecho a la Vida.

Sentencia Rol 1588 de 14 de enero de 2010¹⁴. En el marco del control de constitucionalidad un proyecto de ley sobre información en materia de regulación de la fertilidad, el TC consideró que el proyecto no vulneraba la Constitución y que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza no son derechos absolutos.

En este caso en su voto previniente, la Ministra Marisol Peña recurre a la jurisprudencia comparada para reafirmar que el Derecho a la educación, como todos los derechos, está sujeto a límites intrínsecos y extrínsecos.

Considerando 9º. “Que no se trata, en consecuencia, de que la facultad que viene confirmando el inciso cuarto del artículo 1º del proyecto de ley en examen a los establecimientos educacionales pueda ejercerse en forma discrecional, de acuerdo a “principios y valores” que cada institución interprete a su antojo. Se trata, por el contrario, de una

¹⁴ Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, “sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”. Se solicita se ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto del inciso cuarto del artículo 1º. El TC declara constitucional el artículo remitido.

formación, en materia sexual, que de cuenta, con objetividad y responsabilidad, del estado actual de la ciencia y de la técnica en estas materias poniendo, entonces, de relevancia, el eventual atentado contra el derecho a la vida –el más básico y nuclear de los derechos humanos- que la utilización de ciertos métodos contraceptivos pueda importar, tal y como quedó reflejado en la decisión adoptada por este Tribunal en el Rol N° 740, compartida, asimismo, por otras magistraturas de la misma envergadura como la Corte Suprema de Argentina (sentencia de 5 de marzo de 2002), el Tribunal Constitucional del Ecuador (sentencia de 23 de mayo de 2006) y, recientemente, el Tribunal Constitucional del Perú (sentencia de 16 de octubre de 2009).

2.- Libertad de opinión y rectificación

Rol 1247, sentencia de 14 de julio de 2009¹⁵. En cuanto a la libertad de opinión e información y sus límites, el TC valora positivamente el derecho de aclaración y rectificación y lo considera *una parte del proceso de comunicación, expresión o información libre en la sociedad democrática*, por tanto que es coherente con tal derecho y no representa una forma de censura. Para fortalecer sus argumentos el TC recurre al Tribunal Constitucional español.

Considerando 19: “Que se trata de un derecho que se vincula no sólo al honor y la honra de la persona sino que también se relaciona con la veracidad de la información. Por lo mismo, en cuanto a su alcance, el Tribunal Constitucional español, en sentencia fechada el 22 de diciembre de 1986, concluyó que “el derecho de rectificación así entendido, además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos aludidos, supone

¹⁵ Requerimiento solicitado por el Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago a fin de que se examine la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 24 y 27 de la Ley Nro. 19.733 (sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo) por ser presuntamente contrarios a los artículos 19, Nro 3 y 83 de la Constitución, en los actuados relacionados en la causa RIT 7200-2008, RUC 0810019079-7 en los intervinientes CODELCO en contra de CHILEVISION S.A.

un complemento a la garantía de la opinión pública que establece también el citado precepto constitucional, ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo de la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege”.

3.- Tutela judicial efectiva

Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010¹⁶. En este caso, en el voto en contra del Ministro Juan Colombo consideró que la Constitución chilena reconoce y ampara el derecho a la tutela judicial efectiva, y considera que la dilatación o excesiva limitación de los supuestos para acceder a la jurisdicción conducen a la indefensión de la tutela judicial, para elaborar sus argumentos se apoya entre otros, en el Tribunal Constitucional español.

Considerando 11: “Que, como razonara este Tribunal en su sentencia Rol N° 815, las constituciones europeas, inmersas en las corrientes predominantes del constitucionalismo de nuestros tiempos, consagran el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, destacándose, en esta específica línea de garantismo, lo dispuesto por la Carta española, en su artículo 24.2. Dicha disposición ha generado una abundante jurisprudencia que, en lo que interesa, permite concluir que los derechos de la víctima y del imputado en el proceso penal deben gozar de garantías efectivas

¹⁶ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Eduardo Sánchez Eyquem respecto de los artículos 230, inciso primero, 231, 237, incisos primero, segundo, tercero letra a), cuarto, quinto, séptimo y octavo, y 240, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en el proceso por el delito de lesiones graves, RIT N° 6118-2009, RUC N° 0900447112-9, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago. Se rechaza el requerimiento: “atendido que se ha efectuado un reproche de inconstitucionalidad en abstracto respecto de disposiciones que no tienen la aptitud de ser decisorias y de producir efectos contrarios a la Constitución Política en el estado actual del proceso penal pendiente”.

equivalentes y que su custodio es el juez. Es en esta línea de pensamiento que la Constitución chilena, más allá de las normas citadas de su texto y de las interpretaciones que de ellas se han hecho, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, lo que incluye, natural y especialmente en el caso de los procesos penales, al Ministerio Público, por mandato constitucional expreso y además por la naturaleza propia de las funciones que tiene, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º, 19, números 2º, 3º y 26º, y 83 de la Carta Fundamental, debiendo potenciarlos con sus actos realizados en el marco de su competencia”.

4.- Derecho al Honor

Sentencia Rol 1419-09-INA. Santiago, nueve de noviembre de dos mil diez¹⁷. El Tribunal recurre también en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos para fortalecer el carácter fundamental del derecho a la honra. Siguiendo con esta lógica también recurre a la jurisprudencia extranjera.

Considerando 17: “Que la Constitución española señala en su artículo 18.1: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Se trata de “tres derechos fundamentales que son consecuencia del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, integrándose, por su naturaleza, dentro de los denominados derechos de la

¹⁷ “Con fecha 23 de junio de 2009...interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, en la causa criminal actualmente pendiente en casación en el fondo ante la Corte Suprema, bajo el Rol de ingreso N° 7.914-2008. Indica el requirente, como antecedentes de la gestión pendiente, que la causa se inició el año 1996 por querrela criminal por él interpuesta ante el ex Quinto (actual Trigésimo Cuarto) Juzgado del Crimen de Santiago... por los delitos de injurias graves y con publicidad, y calumnia”.

personalidad”; además, “se conciben como irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo nula la renuncia a los mismos” (José Fernando Merino Merchán y otros: Lecciones de Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 230).

Por su parte, la Ley Fundamental alemana incluye la protección del honor dentro del derecho a la personalidad, establecido en el artículo 2.1, pero se refiere expresamente en el artículo 5.2 al derecho al honor personal como limitación del derecho de expresión”.

5.- Instituciones y problemas dogmáticos

A.- Vigencia del Solve y repete en Chile

Rol 968, sentencia de 10 de julio de 2008¹⁸. El principio latino Solve et repete significa paga y reclama, en este caso el TC es llamado para analizar la constitucionalidad de dicho principio en nuestro ordenamiento y concluye que esta institución es contraria a las normas de la Constitución. Declara inaplicable el artículo 474 de Código del Trabajo, en este sentido dice: “en el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26 del artículo 19 de la Carta”.

En su análisis de constitucionalidad el TC invoca Derecho y jurisprudencia comparada.

¹⁸ Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Asesoría y Servicio Empresarial Limitada respecto del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, en la causa Rol N° 806-07, caratulada “ASESORÍA Y SERVICIO con DIRECCIÓN DEL TRABAJO” del 5° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Considerando 22. “Que también desde hace unas décadas la jurisprudencia europea abordó la constitucionalidad del privilegio que nos ocupa, desde luego debe destacarse que mediante Sentencia de 24 de marzo de 1961, la Corte Constitucional de Italia declaró la ilegitimidad constitucional de una norma contenida en la Ley de 20 de marzo de 1865, por estimar que el principio *solve et repete* infringía los artículos 3, 24 y 113 de la Constitución italiana. Las aludidas normas constitucionales consagran, respectivamente, la igualdad ante la ley (Artículo 3º), el libre acceso a la justicia y el derecho a la defensa jurídica (Artículo 24) y el derecho a recurrir de los actos de la Administración (Artículo 113).

Por su importancia en el tema central de esta sentencia, se transcribirán a continuación las consideraciones formuladas en dicha oportunidad por la Corte Constitucional de Italia:

“La cuestión que constituye el objeto del presente requerimiento ha dado lugar hace un buen tiempo a discusiones y decisiones en la doctrina y jurisprudencia, que han planteado diversos modos de calificar el instituto del *solve et repete*. La tarea del Tribunal Constitucional no es encuadrarlo en una u otra categoría dogmática, sino sólo determinar si puede considerársele constitucionalmente legítimo respecto a las normas contenidas en los artículos 3, 24 y 113 de la Constitución, tal como lo solicita en su ordenanza el Pretor de Pavía. Parece conveniente, en primer lugar, destacar que toda alegación en relación al principio de la normal ejecutoriedad de los actos administrativos no contribuye a la resolución de la cuestión, como la ha planteado por la Administración Financiera, porque ese principio no sería en modo alguno menoscabado o eludido con la desaparición del instituto del *solve et repete*, ya que en tal caso la Administración podría proceder en vía ejecutiva en

contra del contribuyente moroso, cualquiera sea su oposición, ya que el tribunal ordinario nunca ha autorizado a suspender la ejecución de las providencias de la autoridad administrativa. Se puede decir, por el contrario, que la propia existencia de este instituto debilita, en cierto sentido, la eficacia de ese principio, racional y prácticamente....

El Tribunal, por lo tanto, es de la opinión que el instituto del solve et repete es contrario a las normas de la Constitución y que debe ser declarada ilegítima la disposición que lo establezca...”

Considerando 23. “Que el Tribunal Supremo de España, por su parte, a través de su Sala de lo contencioso, marcó una clara evolución hacia el rechazo del privilegio del solve et repete. En efecto, en STS 6743/2000, de 25 de septiembre de 2000, la misma Sala se encarga de ilustrar la evolución de su posición en esta materia al señalar:

“(…) CUARTO.- La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la regla que hace de la consignación, aval o, claro está, del pago de la cantidad reclamada por la Administración una carga previa para poder recurrir. Hasta el punto de que puede hablarse de una clara evolución, en la que tal privilegio de la Administración se ha contemplado desde su eventual incompatibilidad con los principios y derechos de igualdad y no discriminación, en perjuicio de los económicamente débiles, y de tutela judicial efectiva, especialmente después de la Constitución; así como desde la exigencia del necesario rango normativo para su eventual imposición. (...) En consecuencia, es, en la actualidad, doctrina de esta Sala:

a) La regla ‘solve et repete’, con independencia del rango normativo en que se establezca, puede resultar contraria a la Constitución si su formulación en términos absolutos -concebida sin excepciones en función de la auténtica posibilidad económica de asumir la carga del previo pago, de la previa consignación o de la garantía requerida-, se traduce en un obstáculo

efectivo para el acceso a los Tribunales (Cfr. AATS 31 de mayo de 1996 y 21 de marzo de 1997 y SSTS 2 de julio de 1997 y 16 de diciembre de 1999).

b) En la medida en que el recurso ordinario [de alzada] en vía administrativa constituya un requisito necesario para el acceso a la tutela jurisdiccional, la carga previa, en los términos absolutos, sin excepción, que acaban de señalarse, de la consignación o exigencia de determinada garantía para la interposición de aquel recurso implica una restricción indebida del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE (STS 8 de octubre de 1992).

(...) Por consiguiente, para la exigencia del previo pago, consignación o garantía determinada para la admisibilidad de los recursos, tanto administrativos como judiciales, en los términos en que lo permiten los reiterados derechos y principios constitucionales, hace falta que así se establezca en Ley formal (SSTS 29 de diciembre de 1986, 20 de enero de 1987). En esta dirección abundan también las siguientes razones: 1º) la coordinación del ámbito del principio en vía administrativa y jurisdiccional, pues carecería de sentido la admisión indiscriminada del previo pago en los recursos administrativos que eludiría la fiscalización jurisdiccional por el simple hecho de que las normas reglamentarias obligaran a ello; 2º) la necesidad de una interpretación restrictiva del principio 'solve et repete', al carecer de fundamento científico y constituir un privilegio de la Administración exorbitante al tener siempre en sus manos, como luego se dirá, la ejecutividad del acto administrativo, salvo en los casos en que se acuerde su suspensión; y 3º) por la discriminación, en perjuicio de los económicamente débiles, y subsiguiente infracción del principio de igualdad, cuya proclamación en nuestro ordenamiento jurídico ofrece múltiples manifestaciones (SSTS 26 de marzo y 9 de junio de 1981 y 3 de marzo de 1983)...

Considerando 24. Que, en el ámbito regional, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado, respecto del solve et repete, que "la Constitución Política de 1991 establece como un derecho fundamental

la posibilidad de todos los asociados de acceder a las decisiones de la administración de justicia, sin limitaciones que puedan dejar truncas las posibilidades de obtener la declaración judicial de su derecho; resulta así contrario al principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación, a juicio del deudor no debida, cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial.” (Sentencia No. C-599/92, de 10 de diciembre de 1992)¹⁹.

B.- Registros de ADN: Sentencia Rol 1365, sentencia de ocho de abril de 2010²⁰. La solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad incide en un recurso de protección presentado con “el objeto del recurso de protección que ha interpuesto en contra de Gendarmería de la Novena Región es evitar que se obligue a ... someterse a exámenes corporales con la finalidad de conseguir muestras biológicas que permitan obtener su huella genética para incorporarla al Registro Nacional de ADN de Condenados, creado por la Ley N° 19.970, en su calidad de condenado a 3 años y un día de privación de libertad como autor de los delitos de homicidio frustrado e incendio, por sentencia dictada el 15 de noviembre de 2001, por el Juzgado del Crimen de Collipulli...”.

El tribunal rechazó el recurso y consideró que el Registro de ADN en las condiciones establecidas, no atenta contra los derechos a la

¹⁹ Criterio reiterado en cita genérica en roles: 1173 de 17 de abril de 2009; 1345 en voto previniente Ministro Enrique Navarro. “Que dichos reparos de juridicidad al denominado “solve et repete” también los ha señalado la jurisprudencia emanada de diversos tribunales tanto en Europa como en América, pudiendo citarse el caso de la Corte Constitucional italiana (31 de marzo de 1961) y la judicatura española (26 de noviembre de 1985)”.

²⁰ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gustavo Iván Quilaqueo Bustos respecto de los artículos 5°, 6°, 16, 17, 18 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, en causa en actual conocimiento de la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 1.972-2009. Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento de inaplicabilidad y se deja sin efecto la suspensión del procedimiento.

integridad física y psíquica; igualdad ante la ley principio de tipicidad y legalidad de las penas; ni atenta contra la dignidad humana. Y que si bien se puede considerar como una limitación a los derechos fundamentales ello se *ajusta* a la Constitución.

Para fundamentar sus criterios recurrió al DIDH, a la doctrina y también al Derecho y la jurisprudencia comparada.

Considerando 14. “[...] Como ha señalado una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, “la investigación del ámbito no codificante de la molécula de ADN tiene por objeto sólo la estructura formal de las secuencias de bases correspondientes a esas moléculas de ADN, las cuales no contienen información acerca de las características hereditarias del individuo [...]. Conforme al estado actual del conocimiento científico no es evidente que mediante este tipo de investigaciones queden al descubierto las características de la personalidad.” (2 BvR 1511/96, de 2 de agosto de 1996). En una sentencia posterior, dicha Magistratura ha agregado que “es decisivo (para estimar que no se ha afectado el núcleo de la personalidad)(...) que no sea posible obtener, a través de la determinación del modelo de identificación del ADN, información o conclusiones de situaciones relevantes de la personalidad, como predisposiciones hereditarias, propiedades del carácter o enfermedades de los afectados, que permita crear un perfil de personalidad.” (2 BvR 1741/99, de 14 de diciembre de 2000)”.

Considerando 19.- “Que, desde el punto de vista del derecho comparado, es posible observar que ya son numerosos los países que cuentan con Registros de ADN (Inglaterra, Irlanda, Escocia, Holanda, Austria, Alemania, Eslovenia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Suiza, Suecia, Croacia, Bélgica, Francia, República Checa, Estonia, Lituania, Eslovaquia y Hungría, tan sólo en Europa), en los cuales suelen utilizarse tres variables que justifican la utilidad del archivo en forma compatible con el respeto de los derechos constitucionales involucrados: a) la gravedad delictual; b) que sean delitos con un alto nivel de reincidencia; y c) la posibilidad de

que en la comisión de ese delito se dejen vestigios biológicos, como ocurre con los delitos sexuales (Guillén Vázquez, Margarita. Ob. cit.).

El Consejo de Europa, por su parte, en la Recomendación N^o R (92) 1, adoptada por el Comité de Ministros, el 10 de febrero de 1992, ha establecido una serie de parámetros para el uso de análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco de los sistemas de justicia penal, teniendo en cuenta que la introducción y el uso de estas técnicas no puede contravenir principios fundamentales como la dignidad inherente de la persona, el respeto por el cuerpo humano, los derechos de la defensa y el principio de proporcionalidad en la realización de la justicia penal”.

C.- Sobre los límites de los Derechos fundamentales: Rol 1365.

i) Siempre en relación al caso antes analizado, el tribunal explicó sus criterios para analizar la constitucionalidad de la restricción a los derechos fundamentales recurriendo al Tribunal Constitucional español e indirectamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Considerando 23.- “Que, con todo, la conformidad constitucional de una limitación o restricción a derechos que la propia Carta asegura no se agota en el cumplimiento de la exigencia de que ella se verifique por medio de una ley.

Así lo han planteado el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales cumplan tres requisitos: a) que estén previstas legalmente; b) que persigan una finalidad legítima; y c) que el medio que importa la restricción sea proporcional a la finalidad perseguida (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Leander vs. Suecia”; “Silver y otros vs. Reino Unido”, “Sunday Times con Reino Unido”, y del Tribunal Constitucional español 66/1985, de 23 de mayo; 8/1992, de 16 de enero, y 207/1996, de 16 de diciembre).

Nuestra Magistratura ha sostenido, entretanto, que las restricciones o limitaciones que se imponen a un derecho fundamental deben cumplir con los siguientes requisitos: a) determinación y especificidad; b) respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas; y c) no pueden afectar la esencia del derecho asegurado (véase, entre otras, sentencias Roles N^{os}. 226, 280, 293 y 325)".

ii) Rol 1576-09-INA. Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil diez²¹.

En este caso el Tribunal consideró que la reajustabilidad de la indemnización debía ser pedida y resuelta por el tribunal de instancia y que no le correspondía al TC pronunciarse sobre esta cuestión. Opinó que en este sentido no era pertinente reabrir el debate en este punto ante el TC. Para explicar cómo en el Derecho comparado se formula el contenido de las cláusulas indemnizatorias de diversas maneras, el tribunal recurre al Derecho comparado.

Considerando¹³: "Que, como se observa, la Constitución chilena se inserta dentro de una tradición jurídica constitucional, en la que se asegura al sujeto expropiado el derecho a recibir una indemnización. Sin embargo, los distintos textos constitucionales difieren en el modo en que se formula la cláusula indemnizatoria.

²¹ "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 14 del Decreto Ley N° 2.186, de 1978, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, en la causa sobre reclamo de monto de la indemnización que se sigue ante el 5° Juzgado Civil de Valparaíso bajo el Rol de ingreso N° 1469-1988 y que, conforme consta en autos, se encuentra en etapa de cumplimiento del fallo y con apelación concedida en el solo efecto devolutivo respecto de la resolución que ordenó practicar una nueva liquidación de la indemnización que debe ser pagada al expropiado, por efecto de la expropiación que afectó parte de su propiedad, en relación a la reajustabilidad de la consignación que hizo el Fisco en su momento". En este caso el tribunal rechazó el requerimiento. Rol 1576.

En los ordenamientos europeos encontramos, por una parte, un grupo de países que, reconociendo el derecho a la expropiación, entregan todos los pormenores a la ley, sin fijar criterios materiales para su determinación. En efecto, en la Constitución española se señala que sólo procede la expropiación por causa de utilidad pública o interés social “mediante la correspondiente indemnización” (artículo 33.3). También la Constitución italiana expresa que “la propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización” (artículo 42). Por otra parte, existen aquellos ordenamientos que señalan criterios materiales conforme a los cuales deberá fijarse la indemnización por expropiación. En Alemania, la Constitución de 1949 señala que “la indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados” (artículo 14.3). En la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que constituye un texto de rango constitucional en Francia, se dispone que el expropiado tiene derecho a una “indemnización previa y justa” (artículo XVII).

En las constituciones hispanoamericanas existen ejemplos en el mismo sentido. Así, por una parte, en Argentina, se asegura al propietario el derecho a recibir una indemnización, sin calificativos (Capítulo I, artículo 17, de la Constitución Nacional). Por otra parte, en otros casos sí se señalan criterios sustantivos que debe respetar la indemnización expropiatoria. De este modo, en el caso colombiano se dispone que la indemnización “se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58). Enseguida, en la Constitución del Perú, se establece que la expropiación requiere el “pago en efectivo de indemnización justipreciada” (artículo 70). Finalmente, en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se determina que “el precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras” (artículo 27.VI.).

IV.- Principio de igualdad ante la ley y de no discriminación

Hemos dado un tratamiento separado las invocaciones del Derecho y jurisprudencia extranjera a propósito del principio de igualdad y no discriminación.

En esta materia es ilustrativo lo que señala Häberle: “El Estado constitucional se está articulando progresivamente hacia “un razonamiento universal” en sus elementos, especialmente en materia de Derechos fundamentales. Parece estar más próxima la interpretación de textos “no completos” (en su mayoría fragmentarios) sobre las garantías de los derechos fundamentales en otros Estados constitucionales, sea en la forma de textos constitucionales, sea en la de jurisprudencia constitucional o simplemente por relación a la política de derechos fundamentales”²².

El profesor Häberle plantea una precisión, que consideramos un punto de partida imprescindible para la sistematización de la jurisprudencia analizada, “en el marco de la teoría de la Constitución concebida como ciencia de los textos jurídicos y de la cultura es necesario tener siempre en mente el contexto cultural de toda comparación. La perceptible individualidad cultural de cada Estado constitucional no puede ser allanada con el vehículo de la comparación constitucional por vía de interpretación. La pluralidad se podría convertir, en ese caso, en empobrecida uniformidad. Las similitudes aparentes de los textos no se pueden imponer, de manera fraudulenta, sobre las diferencias que se deriven del contexto cultural de la Constitución analizada. También deberían considerarse los contenidos de los derechos recibidos por medio de la comparación jurídica en el contexto “propio” del sistema constitucional que los asume. Se trata de un proceso activo de recepción, de manera que la labor interpretativa es altamente productiva”²³.

²² HÄBERLE (1991) pp. 391.

²³ Ibid. Pp.393.

En la lógica planteada, el Derecho y jurisprudencia invocados debieran tener conexiones con el ordenamiento desde el que se recurre al Derecho extranjero. Debiera existir una razón o conexión o por el contrario, diferencias concluyentes si lo que se busca es fundamentar en el sentido contrario a la fuente que se invoca. Y también podemos encontrarnos ante el uso de una técnica jurídica extendida, a un método científico vacío el mismo de contenido normativo, elaborado para resolver problemas entre normas, para delimitar derechos.

Intentaremos comprender por qué se cita determinado Derecho y para qué. Qué es lo que busca el tribunal constitucional cuando invoca ese Derecho.

Es sugerente que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sea a propósito del principio de igualdad y no discriminación donde más se invoca jurisprudencia extranjera. El Derecho y la jurisprudencia más invocada provienen de España y Alemania.

Es llamativo constatar que durante los últimos años en nuestro país el principio de igualdad y no discriminación ha motivado exigencias sociales para mejorar su tutela, su garantía y por la exigencia de un mayor desarrollo que otorgue densidad y fuerza a este Derecho.

Adentrándonos ya en el terreno de las hipótesis, podemos entender la invocación de la jurisprudencia española y alemana desde diversas razones. Una primera, es el desarrollo y evolución del constitucionalismo europeo donde el principio de igualdad está en uno de los vértices del Estado Social: "El concepto de igualdad es uno de los más interesantes conceptos legales del Derecho comunitario, objeto de un amplio análisis y debate doctrinal, tanto en lo relativo a su dimensión formal (igualdad ante la ley, en el sentido de que ésta debe aplicarse a todos de la misma forma) como a su dimensión sustantiva (igualdad en el contenido de la ley). Dicho ahora de forma simplificada, este concepto, en el ámbito comunitario, es utilizado como sinónimo de la idea de no discriminación o de prohibición de la desigualdad de trato, significado, según reiterada jurisprudencia del TJCE, "que no se traten de manera

diferente situaciones comparables y que no se traten de forma idéntica situaciones diferentes, a menos que dicha diferenciación esté objetivamente justificada”²⁴.

Las referencias al Derecho y jurisprudencia extranjera van a colaborar en la elaboración del contenido de un Derecho cuya escasa definición ha sido evidenciada por la doctrina nacional, como señala Correa Sutil: “No son pocos los autores chilenos que tienden a mostrar, incluso con cierto tono de exasperación, que la doctrina y jurisprudencia en materia de igualdad ha *navegado en un mar de tautología*”....Según Atria, las partes en un litigio no sólo no tienen cómo predecir el contenido que los Tribunales darán a este principio, sino que también quedarán enteramente ignorantes de las razones que verdaderamente motivarán el fallo una vez que éste se dicte”²⁵.

Históricamente uno de los mayores problemas que se han identificado en relación al principio de igualdad es el que señaló en su momento Miguel Angel Fernandez: “resulta imposible construir modelos que, como si se tratara de una plantilla, pudieran ser aplicables a toda norma que fuera contrastada con **el Principio Constitucional de Igualdad**”²⁶. Esta deficiencia es la que lleva al TC a recurrir al Derecho Europeo como bien reconoce el ex Ministro de dicho Tribunal.

1.- Algunas referencias al marco constitucional de la igualdad en los ordenamientos chileno y español

²⁴ UGARTEMENDIA, Juan Ignacio (2008): “La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno”, Revista española de Derecho Constitucional, número 84, septiembre.-diciembre, pp.110.

²⁵ CORREA SUTIL, Jorge (2011): “Jurisprudencia del TC em materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, en Anuario de Derecho Público 2011, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile pp.100.

²⁶ FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Angel (2001) *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*. Editorial Jurídica Cono Sur Ltada. Santiago de Chile, pp. 321.

Analizaremos brevemente el marco constitucional español, sobre esta cuestión, no podemos dejar de recordar que la Constitución española constitucionaliza el Estado Social en el art.1.

En cuanto a las normas sobre igualdad, en la Constitución chilena de 1980 podemos mencionar:

Artículo 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

No 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

20º.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas

Por su parte la Constitución española señala:

Artículo 1.

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 9.

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

A estas normas en la Constitución española se deben agregar los artículos 23.2; 31.1, y 32.1

La densidad normativa del principio y derecho a la igualdad en la Constitución española es mayor que el principio de igualdad contenido en nuestro ordenamiento, más si se considera al Estado Social garantizado como una cláusula constitucional, y más aun, si en el caso español como parte de la Unión Europea se incorporan otras normas y derechos reconocidos a nivel de la Unión, así por ejemplo la Carta Europea de Derechos Fundamentales señala:

Art. 20. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo 21 .No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas,

lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos dice:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En el ámbito normativo, por otra parte, en Chile desde marzo de 2005 se encuentra todavía en trámite el proyecto de ley contenido en el mensaje 315-352, iniciado con un mensaje del ejecutivo para concretar un proyecto de ley que establece Medidas contra la Discriminación y que desde esa fecha se encuentra en discusión en el Congreso Nacional.

En el ámbito de la igualdad en nuestro ordenamiento existe un déficit normativo, de garantías y también institucional, que el Tribunal Constitucional salva recurriendo a los criterios que en esta materia viene desarrollando la jurisprudencia del TC español y alemán. La primera razón, entonces, para que esta invocación se produzca se encuentra en el mayor desarrollo de la igualdad en Europa, en el mayor desarrollo de categorías para resolver tensiones entre derechos, para concebir la igualdad y la no discriminación. Dicho esto, es llamativo que el TC recurra al Derecho europeo y no, por ejemplo, a la Corte IDH.

Queda por aclarar si a propósito de esta invocación se aumenta la esfera de protección de la igualdad o si lo que se importa es método científico sin densidad normativa. En mi opinión en cualquiera de estos casos el principio de igualdad resultará reforzado, así lo intentaré

demostrar en el análisis de la jurisprudencia. Las categorías que desarrolla la jurisdicción constitucional le permiten al TC resolver de mejor manera problemas vinculados a la limitación de los derechos, a la comprensión y constitucionalidad del principio de no discriminación arbitraria.

2.- Los contenidos de la igualdad y no discriminación a la luz del Derecho y jurisprudencia extranjera

A.- Defensa en juicio: Abogado de turno e igualdad ante la ley

A propósito del Derecho de defensa y la institución del abogado de turno. Rol 755 de 2008²⁷.

En este caso se trató de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art.595 del COT que establece la institución del abogado de turno. El TC no puso en duda la constitucionalidad de la institución, sino su gratuidad. En el análisis invocó Derecho y jurisprudencia extranjera para concluir que estos servicios no podían ser gratuitos ya que de otro modo atentarían contra el principio de igualdad ante la ley.

Sobre este punto el tribunal señaló: “Que, como puede apreciarse, el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no sólo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin

²⁷ Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales en relación a la institución del “abogado de turno”. La parte requirente solicita se declare su inaplicabilidad por considerar que vulnera el art. 19. 2, 3 inciso 3, 20, 21, 26 de la Constitución. El Tribunal Constitucional acogió la solicitud pero sólo “en cuanto se declara inaplicable...la expresión “gratuitamente” a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales”.

retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales”²⁸.

Considerando 43. “(...) En España, el acceso gratuito a la justicia se encuentra consagrado en el artículo 119 de la Carta Fundamental, de forma tal que la defensa gratuita de las personas de escasos recursos deja de conceptualizarse como una labor altruista u honorífica de los abogados y pasa a ser un derecho de carácter social, que impone una obligación al Estado para su adecuado aseguramiento. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho no es sólo garantía de los intereses particulares sino también de los intereses generales de la justicia, dado que se trata en definitiva de que “ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar” (STC 138/1988)...Así pues, la ley fija los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, que en todo caso deberán seguir el principio de que el servicio de asistencia jurídica gratuita esté digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables”...

Considerando 44.- “Un sistema similar se aprecia en otros países de Europa continental. Así, en Alemania, en 1919 se reconoció el derecho de los abogados de solicitar al Estado el debido reembolso de los gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia jurídica gratuita y en 1923 se les autorizó para demandar una remuneración. En el artículo 103 de la Ley Fundamental de 1949, se encuentra reconocido el libre acceso a los tribunales, y habiéndose dictado leyes en los años ochenta y noventa que regulan la asistencia, se configura un sistema en el que “la ayuda cubre los gastos del proceso, los gastos de desplazamiento y los honorarios del abogado” (Patricia Canales y Virgine Loiseau, La asistencia jurídica

²⁸ Ibid, considerando 46.

gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, página 25). En Italia también existe un sistema de asistencia estatal para la defensa por parte del ciudadano sin recursos económicos suficientes, siendo de cargo del Estado los honorarios profesionales de los abogados y sus gastos. Por lo demás, debe tenerse presente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 23 de noviembre de 1983, en el denominado caso Van der Mussele, estableció como un deber del Estado, a través de la hacienda pública, indemnizar a los abogados designados para asistir en los casos de justicia gratuita.”²⁹

B.- Igualdad ante la Ley y no discriminación arbitraria

El Tribunal Constitucional sistematiza en su jurisprudencia más reciente, cinco criterios para determinar si una norma legal establece diferencias arbitrarias. Estos criterios corresponden a lo que la doctrina ha denominado el juicio de proporcionalidad y que el TC construye invocando Derecho y jurisprudencia extranjera, principalmente española y alemana. Los criterios, que son analizados por Jorge Correa Sutil, son:

- 1.- La diferencia de trato solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos objetivos.
- 2.- “Para que la diferencia no se arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; la diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados”³⁰
- 3.- “la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe ser lícita”³¹

²⁹ Estas consideraciones se reproducen parcial o íntegramente en los roles: 1138; 1140; 1217;1254; 1204.

³⁰ CORREA SUTIL (2011) pp. 111.

³¹ Ibid pp.114.

4.-“La distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción”³².

5.-“para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables”³³.

Para ilustrar lo señalado por el ex Ministro del tribunal, hemos seleccionado las siguientes sentencias:

Rol 1140, sentencia de 14 de enero de 2009³⁴.

Considerando 20.-“Que, como lo ha precisado esta Magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC

³² Ibid. pp118.

³³ Ibid pp.121.

³⁴ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad inc. 1 art. 595 del Código Orgánico de Tribunales, institución del abogado de turno. El Tribunal Constitucional acogió la solicitud pero sólo “en cuanto se declara inaplicable...la expresión “gratuitamente” a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales”.

128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.³⁵

Considerando 28.-“ Que, por otro lado, como lo señaló recientemente esta Magistratura en los autos Rol N° 790-2007, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador”;

Considerando 31.-“Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”. (Sentencias 76/1990 y 253/2004)...”³⁶.

Considerando 52.-“Que en tal sentido parece ilustrativo también analizar ciertos pronunciamientos judiciales efectuados en Hispanoamérica sobre esta institución. Así, aunque en algunos países –como en Colombia- se ha aceptado el turno gratuito, de manera “justificada y excepcional” (C-071/95), es del caso tener presente que la Sala Constitucional de la Corte

³⁵ Criterio desarrollado en Rol 804 de 2007 y reiterado en roles: 1535 de 28 de enero de 2010; 1365 sentencia de 8 de abril de 2010, considerando 29.

³⁶ Criterio reiterado en Rol 1535 sentencia de 28 de enero de 2010, considerandos 34 y 35.

Suprema de Justicia de Costa Rica ha precisado que si bien resulta ajustada la circunstancia de que se designe un defensor de oficio, “lo que sí estima esta Sala contrario a la Constitución Política es la obligatoriedad que impone el artículo 159 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de asumir esas defensas de oficio gratuitamente, pues si ese mismo órgano estatal cuenta con un cuerpo de defensores públicos pagados a cargo de su presupuesto, resulta contrario a los artículos 33 y 57 constitucionales que los defensores de oficio tengan que colaborar con el Estado en el cumplimiento de una de sus obligaciones para con los habitantes del país, sin tener a cambio remuneración alguna, mientras que otros profesionales que cumplen igual función sí reciben la respectiva paga por iguales servicios”(Res. 06420-98). De esta manera se ha aceptado el turno de los abogados, con carácter excepcional y ciertamente subsidiario, teniendo siempre derecho a una justa remuneración por el trabajo realizado”³⁷.

Rol 1273, sentencia de 20 de abril de 2010³⁸.

Considerando 60. “Que, por la reputación que ha tenido en el derecho comparado, es menester tener en consideración, para dilucidar el caso de autos, el cuerpo doctrinal y el método que la doctrina y la jurisprudencia alemanas de las últimas décadas han desarrollado para afrontar los problemas descritos. Según tal enfoque, es necesario distinguir conceptualmente entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”. Así, estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y por ende inconstitucional, tratar

³⁷ Criterios reiterados en Rol 1217 sentencia de 31 de enero de 2009, rol 1138 sentencia de 8 de agosto de 2008; rol 1254 sentencia de 29 de julio de 2009.

³⁸ Requerimiento de inaplicabilidad de María Angélica Valenzuela Márquez, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en los autos Rol N° 9451-2008 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto [Rolf Schmidt: Grundrechte (sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde) [Derechos Fundamentales. Lineamientos de Recursos Constitucionales, Verlag Dr. Rolf Schmidt, Grasberg, 2005, pp. 177-178]”³⁹

Considerando 61. “Que el procedimiento de la secuencia de la proporcionalidad descrita, de amplia divulgación en la doctrina y especialmente en la jurisprudencia comparada en las últimas dos décadas, ha sido recientemente presentado en nuestra doctrina por Humberto Nogueira “como prohibición constitucional de medidas excesivas”, ordenando la presentación de sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, previa cita de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1980, que señala que se vulnera el derecho a la igualdad “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar un trato

³⁹ Criterio reiterado en: Sentencia Rol 1273, sentencia de veinte de abril de 2010o en contra de la Isapre Banmédica S.A. Interpuesta 24 de Noviembre de 2008, considerando 60.

diferente.” (Humberto Nogueira: Derecho y Garantías Fundamentales, CECOCH/ Librotecnia, Santiago, 2008, Tomo 2, pp. 236-237)”⁴⁰.

Rol 1535 de 28 de enero de 2010⁴¹.

Considerando 33.- Acerca de la Igualdad ante la Ley.- Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias roles N^os. 28, 53 y 219);

Considerando 35.- Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y

⁴⁰ Criterios reiterados en roles: 1138 sentencia de 8 de agosto de 2008; 1170 sentencia de 26 de agosto de 2008; rol 1133 sentencia de 18 de noviembre de 2008; 1340 sentencia de 29 de septiembre de 2009; Rol 1273 sentencia de 20 de abril de 2010

⁴¹ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Rocío Zamorano Pérez respecto de la oración “cuando lo interpusiere el ministerio público” contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en la causa RUC N^o 080100636-9, RIT N^o 8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8^o Juzgado de Garantía de Santiago. Se acoge el requerimiento de inaplicabilidad, sólo en cuanto se declara inaplicable, en la gestión sub lite, la expresión “cuando lo interpusiere el ministerio público” del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador⁴².

Sentencia Rol 1273, sentencia de veinte de abril de 2010⁴³.

Considerando 58.- Que una revisión prolija del asunto conduce a constatar que la argumentación jurisprudencial mencionada también encuentra sustento en la jurisprudencia y en la bibliografía comparadas. En el Tratado de Interpretación Constitucional del autor Segundo V. Linares Quintana (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998) se comenta un influyente fallo de la Corte Suprema de Argentina, de fecha 27 de diciembre de 1990, del cual se cita lo siguiente sobre el asunto que nos ocupa: “Este planteo hace necesario recordar que, como en todo tiempo fue interpretada por el Tribunal, la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias”, agregando después de citar 18 fallos con tal planteamiento: “por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes”, y concluyendo después de citar otros 17 fallos y precediendo a 14 ejemplos de sendas sentencias: “en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de legítima persecución” (p.546). En este mismo tratado que nos sirve de fuente, el autor cita a su antecesor Juan F. Linares, al administrativista Rafael Bielsa y al constitucionalista Bidart Campos, respecto a la función que cumple la razonabilidad como medida para calificar o no de arbitraria una diferencia legal que lesione la igualdad,

⁴² Criterio reiterado en roles: 1414 sentencia de 14 de septiembre de 2010; 1399 sentencia de 4 de noviembre de 2010; 1824 de 29 de diciembre de 2010 y 1710 de 6 de agosto de 2010.

⁴³ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Valenzuela Márquez, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en los autos Rol N°9451-2008 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Banmédica S.A.

señalando el último de los citados: “Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario” y que “el acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional”. (...)

V.- La construcción de límites en las relaciones con el legislador

Las sensibles relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional también han sido perfiladas por el TC chileno teniendo a la vista el Derecho comparado. Siguiendo con la práctica analizada a propósito de cuestiones asociadas a derechos fundamentales, en esta materia el TC ha optado por invocar los criterios más cautos del Tribunal Constitucional español y otras cortes europeas antes que, por ejemplo, invocar los que en esta materia ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana conocida por lo que la doctrina ha llamado el *activismo judicial* ⁴⁴.

El TC chileno se ha dirigido al legislador en relación a cuestiones vinculadas al control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, en el marco de la ratificación de nuevos tratados internacionales que regulan materias propias de esta última clase de normas y también, cuando se le ha solicitado declarar la inaplicabilidad de preceptos legales que contradicen la Carta Fundamental. A propósito de estas cuestiones el TC, en general, se ha contenido y ha limitado su intervención hasta lo que denomina *el mérito del acto impugnado* o

⁴⁴ Sobre esta materia vid entre otros: UPRIMNY, Rodrigo (2007): “La judicialización de la política en Colombia: casos potencialidades y riesgos”, Revista Internacional de Derechos Humanos, número 6 año 4, 2007 y Separación de Poderes y Forma de Gobierno en Colombia (2001): Comentarios al documento de la misión alemana, Revista de Economía Institucional No 5, segundo semestre; ARANGO, Rodolfo (2010): “Constitucionalismo Social Latinoamericano”. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/6.pdf> [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2011].; SAFFON, María Paula y García Villegas Mauricio (2011): “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, Revista Estudios Socio-jurídicos, V 13 No1.

controlado. Ha señalado que sólo va a intervenir cuando el legislador excede el ámbito de su competencia, pero que no valorará dicho mérito.

Siendo esta materia de calado y considerando que nuestro objeto de estudio es la invocación del Derecho y jurisprudencia extranjera, a continuación desarrollaremos algunas sistematizaciones con el objeto de clarificar el sentido de estas invocaciones, más que adentrarnos en el fondo de la regulación de estas relaciones. Nuestra hipótesis es que el TC recurre a la jurisprudencia extranjera para reforzar argumentos, que elija aquellos criterios que están en sintonía con su cautela, evitando mencionar otra jurisprudencia que contradiga esta lógica. En efecto, como intentaremos demostrar enseguida, la tesis de la cautela se sostiene a pesar que desde hace un tiempo la doctrina española y europea viene llamando la atención sobre la mayor intervención del TCE en las tareas del legislador.

Siguiendo con este planteamiento, María Ángeles Ahumada dice en el caso español: “Desde un primer momento el Tribunal Constitucional ha venido a llamar la atención sobre los límites funcionales de su control en tanto que garante de la Constitución. Así, en una de sus primeras sentencias, la STC 5/1981, de 13 de febrero manifestaría en el fundamento jurídico (FJ) sexto que, «El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución ».

De la misma forma, ha venido a destacar el carácter de la ley como expresión de la voluntad popular y en ese sentido reconocida como fuente privilegiada e insustituible, no tanto ya porque sea expresión de una determinada opción política o desarrollo de un programa de gobierno,

sino porque es fuente democrática, manifestación del pueblo representado en el Parlamento”⁴⁵.

El TCE defiende la doctrina del carácter democrático del legislador y su condición como representante del pueblo, legitimado en su tarea del diseño normativo de los derechos.

Hasta este punto no encontramos novedades importantes. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que está autonomía, reconocida por el principal referente del TC chileno, es en buena parte mesurada a partir del control de constitucionalidad de las omisiones del legislador. Esta actividad, debe recalcar, no se inmiscuye directamente en el contenido normativo de los desarrollos del legislador y se centra en su inactividad, en la omisión de un deber de hacer. Pese a que no estamos ante una valoración de méritos, podemos afirmar que la actitud en origen más contemplativa del TCE pasó a ser más activa cuando ordena al legislador desarrollar contenidos de la Constitución: para darle eficacia, para garantizar los derechos que ella contiene o incluso cuando el TCE ha colmado lagunas normativas aunque sin llegar a crear Derecho. Los mandatos de desarrollo de normas, requieren eso sí de supuestos, en este sentido cita Ahumada la STC 24/1982: “la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de *desarrollo constitucional* y el legislador no lo hace”.

Resumiendo, el TCE ha desarrollado recomendaciones al legislador, dictando sentencias *aditivas*; o la declaración parcial de inconstitucionalidad *de una norma en relación con la vulneración del principio de igualdad* (Ahumada 1991).

Asimismo, también la doctrina ha reconocido que “un análisis de la experiencia española y de los modelos europeos más próximos a nosotros

⁴⁵ AHUMADA, María Ángeles (1991): “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 8. Enero-Abril de 1991, p. 173.

pone de manifiesto que cada vez más son más abundantes los supuestos en que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad”⁴⁶.

En definitiva, la experiencia comparada va también en la dirección de extender en la práctica el nivel de incidencia, con diversa intensidad, en la labor del legislador⁴⁷. Este desarrollo con límites, es seguido en parte por nuestro Tribunal Constitucional. El único caso donde el TC chileno es escapa del tenor literal de su competencia es para analizar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso, criterio que está en sintonía con lo que en este sentido decidió su par español en la TCE 101/1983 de 18 de noviembre.

A continuación analizaremos algunos casos donde el TC recurre a la jurisprudencia extranjera y las conclusiones o tesis recoge de dichas invocaciones. Por los antecedentes ya expuestos debemos reiterar que los criterios son escogidos por el TC en la medida que son, también, su propia posición sobre los límites de su relación con el legislador, es en este sentido que contribuyen a reforzar sus argumentos.

1.- Los límites de su relación con el legislador: las cuestiones de mérito

⁴⁶ FIGUERUELO Burrieza, Ángela (1993): “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Num. 81. Julio-septiembre: pp.50.

⁴⁷ Sobre esta materia vid: DIAZ REVORIO, Francisco Javier (2001): “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 21.número 61.Enero-Abril; ROMBOLI, Roberto (1996): “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteadas por vía incidental, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16 No 48, septiembre-diciembre; SANTAOLALLA Ferando (1994): “Televisión por cable y control de omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero), Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994), Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14 No 41, Mayo-Agosto.

Rol 986, sentencia de 30 de enero de 2008⁴⁸:

Considerando 16.- “Que, para los efectos de examinar la infracción a estas disposiciones, debe tenerse en cuenta que la competencia de este Tribunal limita en lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado. En esta doctrina, coinciden la jurisprudencia, entre otros, de los Tribunales Constitucionales de Francia, Alemania, Italia y España y las opiniones de distinguidos constitucionalistas. Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el legislador excede su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido.”⁴⁹...

Rol 821, sentencia de 1 de abril de 2008⁵⁰:

Considerando 16.- (...) El Tribunal no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas. Sólo debe resolver si se ajustan o no a las normas, valores y principios constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al

⁴⁸ Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aarón David Vásquez Muñoz, respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en causa RUC N° 0600764824-1, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

⁴⁹ Párrafo reproducido en: Rol 821, considerando 16, párrafo 1. También presente el Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007, considerando 31. Requerimiento de un grupo de Diputados para que se declare la Inconstitucionalidad para que se declare *la inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del Proyecto de Ley modificador de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.*

⁵⁰ Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Manuel Alvarado Aravena, respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en causa RUC N° 0400400430-8 y RIT N° 223-2006, seguida en contra de Sonia Elizabeth Salgado Henríquez, Ciro Omar Albornoz Burgos y Olga Antonia Salgado Henríquez, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.

Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales de Justicia.

En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley efectivamente no vulnere los límites constitucionales.

El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo.”

Rol 1065, sentencia de 18 de diciembre de 2008⁵¹:

Considerando 36.- “Que dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa.”

“Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que "la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución"; concluyendo el Tribunal galo –en el ámbito de una modificación a la ley penal- que "dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos". (Vid. David Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente páginas 450 y siguientes) »

⁵¹ Requerimiento de inaplicabilidad del Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt respecto del artículo 149, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 3798-2008, RUC N° 0800363671-3, seguida en contra de César Uribe Villegas por el delito de robo con violencia, en relación a los artículos 6°, 7°, 19, N°s. 3, 7 y 26, 76 y 83 de la Constitución.

“El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: “La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad”. Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: “El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional”...

“En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que “mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, el parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la fórmula de solución más justa” ... De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92).⁵²”

“Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las

⁵² Párrafo reproducido en Rol 1361, sentencia de 13 de mayo de 2009 considerando 18. En Requerimiento de parte (remitido por el Senado) para que el Tribunal Constitucional se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad del artículo 25 del Proyecto; el segundo, del artículo 46, letra g), y el último, del 8º transitorio, del proyecto que establece la Ley General de Educación.

funciones del Tribunal Constitucional, particularmente el artículo 28 de la Ley 87, del 11 de marzo de 1953, que veda a dicho órgano de control constitucional "cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento"⁵³.

2.- Autonomía del legislador en materia de penas

Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007⁵⁴

Considerando vigésimo octavo: "La competencia reservada al legislador en esta materia ha sido destacada por varias Cortes Constitucionales, pertenecientes a diversas áreas geográficas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que: "En materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador, junto a los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con que intenta conseguirloen tales casos, el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen para determinar las penas ..." (Sentencia de 21 de julio de 2005, Expediente 0019-2005-AI/TC, considerando 198º).

El Tribunal Constitucional de Alemania, por su parte, refiriéndose a la pena de trabajos forzados, ha afirmado que: "La ley fundamental obliga al legislador a desarrollar un concepto efectivo de la resocialización y a estructurar la ejecución de la pena con base a estos criterios. Para esto se

⁵³ Criterios reiterados en Rol 1361 sentencia de 13 de mayo de 2009.

⁵⁴ Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007, considerando 31. Requerimiento de un grupo de Diputados para que se declare la Inconstitucionalidad para que se declare *la inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del Proyecto de Ley modificador de la Ley Nº 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.*

ha dejado a él (al legislador) un amplio espacio de regulación (...) Él puede, atendiendo a toda clase de conocimientos, principalmente en los campos de la antropología, la criminología, la terapia social y la economía, llegar a una regulación que –atendiendo a los costos- se encuentre en concordancia con el rango y necesidad de otras funciones del Estado.” (Schwabe, Jürgen (compilador). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003, pág. 268)”.

Considerando 29: Que, igualmente, puede sostenerse que tratándose de las modalidades de cumplimiento de las penas, el legislador tiene una competencia exclusiva que no puede discutirse. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha afirmado que respecto de “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido ...” (Sentencia 161/ 1997, de 2 de octubre de 1997, considerando 8).

Esta Magistratura, entretanto, ha invocado previamente jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, el que, conociendo de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley tendiente a crear y aumentar penas, decidió que: “Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos ...”. (Sentencia Rol N° 591, considerando 9º);

3.- El Derecho comparado para fortalecer argumentos y ejercer el control de constitucionalidad del reglamento del Congreso

Rol 1216, sentencia de 30 de octubre de 2008⁵⁵:

Considerando 8.- “Que, sobre la materia, debe precisarse que en el Derecho Constitucional comparado se ha tenido en consideración el papel trascendente reservado a los reglamentos en el régimen político, por lo que diversos ordenamientos jurídicos, como el francés y el español, han otorgado a sus respectivos Tribunales Constitucionales la facultad de pronunciarse sobre su sujeción a la Ley Suprema. En efecto, el artículo 61 de la Constitución de Francia, en la parte pertinente, indica que “los reglamentos de las cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución”. Por su parte, el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, en su apartado d), señala como susceptible de declaración de inconstitucionalidad “los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales”. Por lo mismo, se ha indicado que el reglamento “es una norma jurídica especial, que produce efectos dentro del ordenamiento jurídico en cuanto regula actividades de las Cámaras conectadas con otras instancias jurídicas e institucionales y que se halla sometida al control de constitucionalidad” (Francisco Fernández Segado, El sistema constitucional español, 1992, pág. 603). De modo que “únicamente pueden ser controlados por el Tribunal Constitucional” (Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, 7^a. ed., 2000, pág. 767). Y es que, como recientemente lo ha puntualizado el Tribunal Constitucional de España, la norma reglamentaria de las Cámaras “ninguna duda cabe de que se encuentra subordinada y limitada por las previsiones constitucionales” (STC 101/2008, 24 de julio de 2008)”.

⁵⁵ Requerimiento de diputados para que se declare la inconstitucionalidad de la declaración de admisibilidad del proyecto en virtud del cual se “modifica(n) los artículos 66 y 203 del Reglamento de la Cámara de Diputados, con el objeto de permitir que las sesiones de Sala y de Comisiones puedan celebrarse en la ciudad de Santiago y otros lugares que indica”.

4.- Los límites del TC, a propósito del control de Constitucionalidad de los tratados internacionales

Sentencia Rol 1288, sentencia de 25 de agosto de 2009 ⁵⁶.

Considerando 68: Que, por lo demás, según se desprende de los antecedentes de la historia fidedigna del proyecto, la norma constitucional tiene su origen en lo que dispone el artículo 96.1 de la Constitución Española, que señala: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”. Y como destaca Manuel Díez de Velasco refiriéndose precisamente al ordenamiento jurídico español: “los Tratados deben respetar y conformarse a la Constitución. En efecto, un Tratado que ya formase parte de nuestro ordenamiento interno podría ser objeto de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161. 1.a) de la Constitución y art. 27.2. c) de la L.O.T.C.) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y arts. 35 y ss. de la L.O.T.C.)”. Concluyendo el mismo autor que “El control de constitucionalidad corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado(a) unilateralmente por una de las Partes.” (Instituciones de Derecho Internacional Público, 11ª Edición, Editorial Tecnos, 1997, pág. 198);

⁵⁶ La Cámara de Diputados remite el proyecto de ley que modifica la ley Nro. 17.997 que modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que se revise su constitucionalidad.

“70: Que, confirmando lo anterior, el artículo 100 de la Ley Fundamental de Alemania, en lo concerniente al control concreto de normas, indica que “si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”.

Como podemos apreciar a partir de la jurisprudencia analizada, el recurso al la técnica del Derecho comparado le permite al Tribunal fortalecer los criterios que define a la hora de señalar los límites de su actividad, tanto en relación al legislador, como respecto a los tratados internacionales. Se trata de una invocación selectiva, no se trata de contrastar diversas posiciones, sino de ayudar a la consistencia de sus criterios.

CONCLUSIONES

En lo que se refiere a los derechos, la invocación de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales le permite al tribunal enfrentar nuevos problemas y limitar o transformar instituciones como ocurre con la gratuidad del abogado de turno o con el solve e repete.

Valiéndose de los criterios de los tribunales europeos el TC introduce correcciones al funcionamiento de modelos más antiguos, propios de un régimen jurídico diverso al actualmente vigente, más acorde con la tutela de los derechos fundamentales, más consciente de los intereses en juego y de la protección de la igualdad. También le ha permitido enfrentar otros asuntos novedosos, como por ejemplo los registros de ADN para imputados.

El marco constitucional chileno que ampara la igualdad es reciente y todavía precario. Los desarrollos de los tribunales

constitucionales europeos dan cuenta de bases constitucionales (nacionales e internacionales) que por años han colocado en el centro del quehacer político la tutela de la igualdad, forjada especialmente al alero del Estado Social. Nuestro país está distante aun de esa consagración y tutela, lo que el Tribunal Constitucional importa de ese Derecho son las técnicas para amparar la protección de la igualdad caso a caso. El TC no ha tenido un rol activo como el de la Corte Constitucional colombiana en el ámbito latinoamericano, sin embargo, ha dado vida al principio de igualdad y también al de no discriminación.

Por la vía del derecho comparado no se ha aumentado la esfera de protección (débil como ya dijimos) del principio de igualdad, pero se ha protegido mejor el derecho tal y como ha sido establecido en la Constitución chilena de 1980.

En sus relaciones con el legislador, el Tribunal Constitucional también ha introducido algunas correcciones a través de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad determinando la inaplicabilidad de preceptos legales y de algunas acciones de inconstitucionalidad que han implicado la derogación de normas legales, aunque sigue siendo cauto cuando se dirige al legislador, en sintonía con las cortes europeas pero en sus criterios iniciales, más propios del otro momento político. En este sentido, en cuanto al Tribunal Constitucional español cita, por ejemplo, sentencias de 1981 o de 1997; de 1987 en el caso del Tribunal Constitucional alemán; en el caso italiano cita una ley de 1953. Otros criterios han sido desarrollados por estos tribunales desde esa fecha a la actualidad que han constituido un avance de sus líneas jurisprudenciales de hace dos décadas atrás.

En la metodología utilizada sería positivo si el Tribunal individualizara mejor a las fuentes a las que recurre, que vaya directamente a ellas aunque además cite doctrina. Sería adecuado que se explicitaran más sus criterios en este sentido, tal y como ocurre con la invocación del DIDH.

A través del uso del Derecho comparado el tribunal no crea nuevos derechos, fortalece sus argumentos, los refuerza, y utiliza las técnicas desarrolladas en otras jurisdicciones para resolver problemas, tendiendo mucho más a la lógica de la universalización del derecho que a la creación de un derecho común; para esto último sería fundamental que además recurriera, normalmente, a la jurisprudencia de Corte IDH y que cada derecho sea interpretado también teniendo presente sus criterios y los de otros tribunales del entorno.

El actual desarrollo de esta técnica por parte del Tribunal Constitucional chileno no nos permite hablar de un derecho común, aunque sí de un derecho más universal, si limitamos dicha universalidad a lo europeo.

BIBLIOGRAFIA

AHUMADA, María Ángeles (1991): “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 8. Enero-Abril de 1991, p. 173.

ARANGO, Rodolfo (2010): “Constitucionalismo Social Latinoamericano”. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/6.pdf> [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2011].

BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2009): “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. Versión provisional”. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. San Sebastián, Donosita, noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.acoes.es/>

Correa Sutil, Jorge, *Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?* En *Anuario de Derecho Público 2011 Universidad Diego Portales*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 2011

DIAZ REVORIO, Francisco Javier (2001): “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21.número 61.Enero-Abril

E.J SCHWÖBEL Christine (2011): *Global constitutionalism in International Legal perspectiva* (Boston) pp 205.

FERNANDEZ GONZALEZ, Miguel Angel (2001): *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley* (Editorial Jurídica Cono Sur Ltada. Santiago de Chile) pp. 321.

FIGUERUELO Burrieza, Ángela (1993): “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Num. 81. Julio-septiembre: pp.50.

GALDAMEZ ZELADA, Liliana (2011): *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos* (Santiago, Editorial Librotecnia) 337 pp

HÄBERLE, Peter (2010): “Métodos y Principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo, ReDCE*. Año7, Num 13. Enero Junio/2010, pp 379-411

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2011): “El uso del derecho extranjero e internacional por parte del Tribunal constitucional chileno: período 2006-2007”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional en Homenaje al centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, y presentado para ser publicado en la *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

PEÑA, Marisol (2008): “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Año 6 No 1, 2008, pp. 205–222.

ROMBOLI, Roberto (1996): “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteadas por vía incidental” Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16 No 48, septiembre-diciembre;

SANTAOLALLA Fernando (1994): “Televisión por cable y control de omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero), Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)” Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14 No 41, Mayo-Agosto.

UPRIMNY, Rodrigo (2007): “La judicialización de la política en Colombia: casos potencialidades y riesgos”, Revista Internacional de Derechos Humanos, número 6 año 4.

SAFFON, María Paula y García Villegas Mauricio (2011): “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, Revista Estudios Socio-jurídicos, V 13 No1.

UGARTEMENDIA, Juan Ignacio (2008): “La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno” Revista española de Derecho Constitucional, numero 84, septiembre.-diciembre de 2008, pp.110.

JURISPRUDENCIA

Rol 740, sentencia de 18 de abril de 2008

Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007

Rol 821, sentencia de 1 de abril de 2008

Rol 968, sentencia de 10 de julio de 2008

Rol 1065, sentencia de 18 de diciembre de 2008

Rol 1133 sentencia de 18 de noviembre de 2008

Rol 1138, sentencia de 8 de agosto de 2008

Rol 1140, sentencia de 14 de enero de 2009

Rol 1170 sentencia de 26 de agosto de 2008
Rol 1173 sentencia de 17 de abril de 2009
Rol 1216, sentencia de 30 de octubre de 2008
Rol 1217 sentencia de 31 de enero de 2009
Rol 1247, sentencia de 14 de julio de 2009
Rol 1254, sentencia de 29 de julio de 2009
Rol 1273, sentencia de veinte de abril de 2010
Rol 1288, sentencia de 25 de agosto de 2009
Rol 1345, sentencia de 25 de mayo de 2009
Rol 1365, sentencia de ocho de abril de 2010
Rol 1399, sentencia de 4 de noviembre de 2010
Rol 1414, sentencia de 14 de septiembre de 2010
Rol 1419-09-INA, sentencia de 9 de noviembre de 2010
Rol 1445, sentencia de 29 de enero de 2010
Rol 1535, sentencia de 28 de enero de 2010
Rol 1576-09-INA, sentencia de 16 de diciembre de 2010
Rol 1588, sentencia de 14 de enero de 2010
Rol 1710, sentencia de 6 de agosto de 2010
Rol 1824, sentencia de 29 de diciembre de 2010

El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva¹.

Paola Andrea Acosta Alvarado

Universidad Externado de Colombia

INTRODUCCIÓN

Debido a la profunda metamorfosis que ha experimentado el escenario jurídico global cada vez es más evidente la interdependencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional. Este vínculo estrecho es particularmente relevante en el campo de los derechos humanos donde gracias a la creciente interacción de los jueces nacionales e internacionales hoy se puede hablar no sólo de sistemas nacionales o internacionales de protección, sino de modelos multiniveles de tutela cuyo éxito depende de la articulación del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

Desde nuestro punto de vista, la interacción judicial que permite la articulación de los escenarios de salvaguarda debe comprenderse no sólo como un ejercicio de derecho comparado o como migración de ideas

¹ Las ideas acá expuestas fueron desarrolladas a profundidad en el trabajo que la autora presentó para obtener su doctorado y cuyo título es *“Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional”*. Además, algunos de los acápites de este documento también fueron publicados, bajo el mismo título, en una versión en inglés incluida en el libro *Homenaje por los 35 años de la CorteIDH* editado por el centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante e Intersetia.

sino como un verdadero diálogo interjudicial². Este diálogo es un tipo particular de comunicación transjudicial³ que surge debido a la necesidad de articular el trabajo de los jueces de diversos ordenamientos para poder lograr un objetivo común. Así, habrá diálogo cuando los jueces, partiendo de un marco normativo común cuya efectividad requiere de su articulación, reconocen en el otro un interlocutor válido cuyo trabajo aparece como una herramienta indispensable para el quehacer propio.

Atendiendo a esta idea, desde nuestro punto de vista, en el escenario interamericano se adelanta un diálogo de naturaleza formal y vertical, esto es, un uso mutuo de las normas y la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen tanto los jueces nacionales como el juez regional de que existe un objetivo compartido y un marco jurídico de referencia común que debe leerse conjuntamente y que los obliga a articularse.

En este contexto, este trabajo pretende dar cuenta de la idea de que en el escenario interamericano existe un contexto, un conjunto de normas y unas herramientas jurisprudenciales que, vistos como un todo, han servido para desarrollar un diálogo judicial que permite la influencia

² La migración de ideas se refiere al uso indiscriminado y no obligatorio de la jurisprudencia foránea por parte de los jueces de diversos sistemas, entre quienes no existe vínculo formal. Sobre este tema ver: Choudry, Susan. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge University Press, 2011. Sobre el diálogo ver entre otros, Ahdiej, Robert. "Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts". *New York Law Review*, No. 79, 2004; Waters, Melissa. "Justice Scalia on the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Unidirectional Monologue or Co-constitutive Dialogue?" *Tulsa Journal of comparative and international law*, No. 12, 2004; Fontana, David. "The Next Generation of Transnational/Domestic Constitutional Law Scholarship: A Reply to Professor Tushnet". *Loyola Law review*, No.38, 2004 Martínez, Jenny S. "Towards an international judicial system", *Stanford Law Review*, Vol. 56, noviembre, 2003 Slaughter, Anne.Marie. "A Typology of transnational communication. *International law decisions in national courts*". Thomas Franck. Ed. Transnational Publishers 1996. P- 37-69 Slaughter, Anne-Marie. "Judicial Globalization", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000 Slaughter, A.M. A Global community of courts. En 44 Harv. Int'l L.J. 191 2003 Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012

³ Bustos Gisbert, Rafael. "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto, pp. 13-63, 2012

mutua entre los jueces nacionales y el juez regional. En este documento desarrollamos esta idea y ofreceremos un ejemplo de dicha influencia mutua.

Sin embargo, lo que realmente intentamos poner de manifiesto es que gracias a este diálogo judicial se está construyendo una red judicial interamericana en cuyo seno la CorteIDH funciona como una corte constitucional (pero no en términos jerárquicos) y cuyo principal mérito es la conformación de un *ius commune* interamericano que probablemente no existiría sin el trabajo del juez interamericano. Esta red crea un camino de doble vía que amplía los alcances y potencia la eficacia de la protección ofrecida a los individuos.

I. Los factores que permiten el diálogo: contexto jurídico, normas y herramientas judiciales.

El diálogo interjudicial ha tenido un desarrollo muy particular en el escenario interamericano debido a la confluencia de una serie de factores que facilitan la comunicación entre los jueces. En este acápite, daremos cuenta de la forma como todos ellos se conjugan para conformar un todo que enmarca dicha interacción (a) y mostraremos ejemplos del mismo (b).

a. Contexto, normas y herramientas jurisprudenciales

Existen tres factores importantes que permiten el desarrollo del diálogo judicial entre los jueces nacionales y el juez regional. Estos son: el contexto jurídico, el marco normativo y las herramientas jurisprudenciales.

En efecto, el proceso de humanización experimentado por el derecho internacional y las recientes transformaciones constitucionales en la región crean el contexto perfecto para la interacción entre los jueces.

Primero, ambos ordenamientos asumen la protección de los derechos humanos como uno de sus objetivos básicos; segundo, ambos reconocen el importante papel de los jueces en relación con tal protección y, finalmente, ambos resaltan la importancia de su interacción para perfeccionar esa tutela. Es dentro de este contexto que surgen las normas que permite el diálogo.

En el escenario nacional, tenemos cuatro tipos de normas útiles al diálogo. Primero, la mayoría de los ordenamientos constitucionales de la región tienen cláusulas de incorporación y jerarquía a través de las cuales el DIDH adquiere nivel constitucional o supra legal⁴. Segundo, varios de los ordenamientos latinoamericanos tienen cláusulas de complementariedad, las cuales permiten la integración del DIDH en los catálogos constitucionales⁵. Tercero, existen las cláusulas de interpretación

⁴ Así, tenemos aquellos ordenamientos cuya constitución dice que estos instrumentos prevalecerán en el ordenamiento interno: Constitución de la República de Bolivia Artículo 13; Constitución de Guatemala Artículo 46; Constitución de Colombia Artículo 93. También, aquellos casos en los que la constitución explícitamente concede rango constitucional a los tratados de derechos humanos: Constitución de Argentina. art. 75. 22; Constitución de República Dominicana Artículo 74; Constitución de República Dominicana Artículo 74; Constitución de Venezuela. Artículo 23; Constitución de Brasil. Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 3. Además, están aquellos eventos en los que los ordenamientos reconocen que el DIDH tiene un estatus inferior al constitucional pero superior al legal: Constitución de Costa Rica. ARTÍCULO 7; Constitución del Salvador ARTÍCULO 144; Constitución de Honduras. ARTÍCULO 16; Constitución de Paraguay. Artículo 137. Finalmente, están aquellos ordenamientos cuyas constituciones omiten toda referencia al rango normativo de los tratados internacionales pero cuya jurisprudencia les ha reconocido bien sea un estatus constitucional o supra-legal: Así, Chile, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay. En todo caso la jurisprudencia constitucional de estos países ha subsanado este vacío normativo señalando que las normas internacionales de derechos humanos tienen o bien jerarquía constitucional o bien jerarquía supra legal o que ellas sirven para interpretar o completar las garantías constitucionales Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. González Sáez c/ INP, (2006), Corte Suprema de Chile. Wilfredo Antilef Sanhueza con Juez Titular Primer Juzgado del Trabajo San Miguel (2005), Corte Suprema. Hugo Iturrieta Núñez con Juez Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2005) Perú [STC Exp. N.º 10063-2006-PA/TC, S, f. j. 22]

⁵ Constitución de la República de Argentina, Artículo 33; Constitución de la república de Bolivia, Artículo 13; Constitución de la república de Bolivia, Artículo 13; Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 5, parágrafo LXXVIII, inc. 2; Constitución de la República de Chile Art. 5; Constitución de la República de Chile Art. 5; Constitución de la República de Colombia

conforme que permiten el uso del DIDH durante el ejercicio hermenéutico adelantado por los jueces⁶. Finalmente, además de estas normas constitucionales que facilitan el uso del derecho internacional por los operadores nacionales, algunos de los ordenamientos de la región cuentan con normas específicas destinadas a facilitar el cumplimiento de las órdenes de los jueces internacionales⁷.

En el escenario interamericano existen normas que permiten la interacción judicial: el principio de subsidiariedad, referido en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las obligaciones generales de respeto, garantía y adaptación, las reglas sobre interpretación, el derecho de acceso a la justicia, la cláusula sobre reparación integral y las cláusulas sobre el cumplimiento y la fuerza vinculante de las sentencias⁸.

ARTICULO 94; Constitución de la República de Costa Rica ARTÍCULO 74; Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11. 3; Constitución de la República del Salvador, ARTICULO 52; Constitución de la República de Guatemala, Artículo 44; Constitución de la República de Honduras, ARTICULO 63; Constitución de los Estados Unidos mexicanos, Artículo 10; Constitución de la República de Nicaragua, Art. 46; Constitución de la República de Panamá, Artículo ARTICULO 17; Constitución de la república del Paraguay Artículo 45; Constitución de la República del Perú, Artículo 3; Constitución de la República del Uruguay, Artículo 72; Constitución de la República bolivariana de Venezuela, Artículo 22

⁶ Constitución de la República de Colombia, Artículo 93; Constitución de la República del Perú, Cuarta disposición final y transitoria; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1.2 Constitucional; Constitución de la República Dominicana, Artículo 74.4); Constitución de la República del Ecuador Art. 172; Constitución de la República de Costa Rica, ARTÍCULO 48; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 103.

⁷ Así por ejemplo, El artículo 93 de la constitución ecuatoriana, el artículo 15 de la constitución hondureña. En el caso colombiano, peruano y mexicano las normas útiles al cumplimiento de sentencias internacionales en materia de derechos humanos son de rango legal. Así la ley 288 de 1996 en Colombia, La ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado, DOF 31/12/2004 y la ley sobre celebración de tratados, DOF 2/01/1992 en México y el Código Procesal Constitucional de 2004 (art. 115), así como la ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002 en Perú. En Costa Rica, la norma sobre este asunto está prevista en el Acuerdo de sede entre Costa Rica y la CortelDH, 10 de septiembre de 1981.

⁸ Ver Convención Americana sobre derechos humanos, Preámbulo, artículos 1.1, 2, 8, 25, 29, 63, 68.

A la luz de este marco normativo, los jueces están autorizados e incluso conminados, a entablar el diálogo. Veamos.

Tomemos como punto de partida las normas sobre jerarquía, complementariedad y armonización a nivel nacional. Gracias a estas, los jueces nacionales pueden servirse del derecho internacional como fundamento de sus decisiones o, por lo menos, como referente en el ejercicio hermenéutico que adelantan, pues su propio ordenamiento así lo contempla. Sumado a este marco constitucional de recepción y armonización, se encuentran los artículos 1.1 y 2 de la Convención, así como el artículo 29 de la misma. Estas normas vienen a reforzar las disposiciones nacionales sobre jerarquía e interpretación allí donde ellas existen o a llenar el vacío que deja su ausencia en los ordenamientos que no las contemplan.

Así, los jueces nacionales se sirven del derecho internacional de los derechos humanos como norma constitucional o supra-legal si su ordenamiento se los permite, pero en caso de que no sea así, los funcionarios judiciales pueden alegar que dicha instrumentalización se justifica en el cumplimiento de un compromiso internacional de garantía o adaptación y/o en la interpretación *pro personae* que están obligados a perseguir.

Por otra parte, de la mano de las normas sobre incorporación, también tenemos el principio de subsidiariedad, sumado a los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH. El principio de subsidiariedad implica que los recursos nacionales son efectivos y esto sólo se logra siguiendo los parámetros señalados por las normas nacionales e internacionales de protección. En este contexto, los jueces nacionales siguen la jurisprudencia interamericana para cumplir con sus mandatos constitucionales, con las obligaciones internacionales y para evitar la activación del mecanismo regional. Por su parte, a la hora de evaluar la efectividad de los recursos, el juez regional tiene en cuenta las disposiciones de derecho interno y el comportamiento de los funcionarios nacionales para determinar el alcance de su competencia.

Finalmente, los jueces nacionales también están llamados a considerar la jurisprudencia interamericana en virtud de las órdenes vinculantes dadas por el juez interamericano en el marco de un caso específico, de las normas nacionales que obligan a su cumplimiento y del proceso de supervisión adelantado por la propia CorteIDH.

Así pues, bien sea por mandato constitucional o en virtud de una obligación internacional, el juez local se encuentra compelido a proyectar su trabajo a la luz de las normas regionales; no se trata de una mera cuestión de deferencia sino del estricto cumplimiento de un deber jurídico.

De igual forma, en el marco de estos ejercicios de adaptación hermenéutica cuyo objetivo principal es asegurar el efecto útil (art. 29 CADH) de las normas –constitucionales e internacionales- de protección, los jueces interamericanos, como parte de la cadena de salvaguarda, también deben hacer un ejercicio de ponderación que garantice que la interpretación más favorable aun cuando ello signifique servirse de las normas constitucionales, de las interpretaciones de los jueces nacionales o incluso declinar su competencia en respeto del principio de subsidiariedad y del margen de apreciación nacional .

Justamente en el marco de este contexto normativo se ponen en marcha las herramientas judiciales que coadyuvan con dicha interacción: el control de convencionalidad y la interpretación conforme, ambas como escalones diferentes de un mismo proceso de armonización.

Así, los funcionarios judiciales se encuentran obligados, siempre, a procurar la interpretación más favorable a los derechos humanos (interpretación conforme, bien sea en virtud de una cláusula constitucional que así lo disponga o del artículo 29 de la CADH). En caso de no lograr esa interpretación y, según sus propias competencias, deberán bien abstenerse de usar la norma o bien expulsarla del ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad/convencionalidad). Se trata, en todo caso, de ejercicios de armonización que, con efectos diferentes, procuran la protección efectiva de los derechos humanos.

En aquellos escenarios en los que las normas interamericanas han adquirido un rango constitucional o supra legal, el bloque de convencionalidad se subsume en el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, el ejercicio de todo control de constitucionalidad, resulta ser, a su vez, un ejercicio de control de convencionalidad (o viceversa)⁹. En los eventos en que dicha incorporación no se ha dado, los mandatos interamericanos que obligan a la ejecución del control de convencionalidad determinan el ejercicio y los perfiles de dicho control. Así pues, en virtud de uno u otro ordenamiento, el funcionario judicial está llamado a efectuar un ejercicio de armonización -que no es lo mismo que un ejercicio de derecho comparado-, ya sea que este termine o no en la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico.

En suma, las normas expuestas deben leerse en conjunto no sólo porque todas ellas persiguen un objetivo común y, por lo tanto, su articulación resulta práctica, sino, sobre todo, porque las obligaciones jurídicas que se desprenden de ellas así lo exigen. Esta consecuencia lógica, es la que ha permitido la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno y la que ha dado lugar a las diversas herramientas de armonización que permiten, que los jueces nacionales se comporten, con menos miedo al prevaricato, como agentes de un mandato internacional (actores internacionales) en la misma medida en que los jueces regionales se erigen como agentes de objetivos constitucionales. Todo esto ha permitido que los jueces de protección se articulen para poder asegurar la eficacia de los dos ordenamientos.

b. Ejemplos del diálogo

Los alcances del diálogo pueden apreciarse en uno de los asuntos que más ha marcado la historia reciente de los derechos humanos en Latinoamérica: los procesos de transición hacia la democracia de varios de

⁹ Así lo ha reconocido la propia CorteIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 88

los países que se han visto inmersos en dictaduras o quiebres del orden constitucional.

En el año 2001, la CorteIDH, en el caso Barrios Altos c. Perú, declaró que los decretos de amnistía expedidos durante el gobierno Fujimori eran incompatibles con las normas del ordenamiento interamericano toda vez que contradecían lo previsto en los artículos 2, 8 y 25 de la CADH¹⁰ y que, por lo tanto, debían dejar de ser aplicadas por todos los agentes del Estado. En este caso, el juez regional no sólo declaró la responsabilidad del Estado sino que además, sirviéndose del artículo 63 de la CADH, ordenó dentro del marco de las reparaciones, entre muchos otros asuntos, que se reabrieran todos los procesos fallados bajo el decreto de amnistía.

¹⁰ “ 41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

Los jueces peruanos, sirviéndose de los mandatos constitucionales que los autorizaban a usar el derecho internacional y en cumplimiento de las obligaciones internacionales, especialmente de las órdenes dadas por el juez interamericano, declararon la inconstitucionalidad de los decretos de amnistía y reabrieron cientos de procesos contra los responsables de graves violaciones a los derechos humanos¹¹. Entre los procesos abiertos, vale la pena destacar el seguido contra el propio ex-presidente Alberto Fujimori, quien fue condenado a 25 años de cárcel¹².

Bajo esta misma lógica, en Argentina la Corte Suprema de la Nación declaró en el caso Simón¹³ que las leyes de obediencia debida y punto final expedidas durante el periodo de transición de la dictadura vivida en el país entre 1976 y 1983, eran inconstitucionales. Pese a que no había ninguna condena interamericana contra Argentina sobre este asunto en particular, en su fallo la Corte Suprema de la Nación citó expresamente la jurisprudencia y las normas interamericanas y alegó que su cumplimiento era imprescindible no sólo como consecuencia del compromiso internacional adquirido sino también en razón del mandato del artículo 94 de la propia Constitución argentina el cuál concede rango constitucional a las normas internacionales.

Como parte del efecto en cadena que generó esta decisión de la Corte Suprema, se logró el histórico fallo en el que el Tribunal Oral Federal sentenció al exdictador Jorge Videla a 50 años de prisión por el robo sistemático de bebés a mujeres embarazadas entre 1976 y 1983. Además de Videla, también fueron condenados otros miembros de la Escuela de

¹¹ Ver por ejemplo, Tribunal Constitucional del Perú, Expediente No. 4587-2004-AA/TC, Tribunal Constitucional de Perú, Expediente No. 679-2005-PA/TC

¹² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de abril de 2009. Causa No. 19-2001-AV

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Simón, 14 de junio de 2005

Mecánica de la Armada (ESMA), donde fueron recluidos y torturados gran parte de los desaparecidos de la dictadura argentina¹⁴.

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Chile, sirviéndose de las normas internacionales y de la jurisprudencia interamericana, declaró la inaplicabilidad de La ley de amnistía¹⁵. Gracias a las decisiones de la Corte Suprema se logró, entre otras, la condena de la plana mayor de la Dirección de Inteligencia Nacional, principal responsable de las graves violaciones ocurridas durante la dictadura de Augusto Pinochet¹⁶.

Esta misma postura respecto de las leyes de amnistía fue acogida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay quien señaló que “En tal marco, [la ley de amnistía] en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención [A]mericana [sobre] Derechos Humanos”¹⁷. (Sobre los vaivenes de esta jurisprudencia ver *infra* en este mismo acápite)

Además de estos casos en los que las normas y la jurisprudencia interamericana se citan para adaptar las normas nacionales y moldear el comportamiento judicial con efectos reparadores (después de ocurrida la

¹⁴ Argentina, Tribunal oral Federal 1, Sentencia No. 63/10 de 22 de diciembre de 2010. Videla, Jorge Rafael y otros. Expt. 172/09 y Menéndez, Luciano Benjamín y otros. Expt. M13/09.

¹⁵ Pese a que no se ha derogado formalmente la ley de amnistía, la actitud receptiva del juez nacional frente a la jurisprudencia interamericana es lo que ha permitido asegurar los derechos de las víctimas

¹⁶Corte Suprema de Chile, Rol 559-04. Sentencia del 13 de diciembre de 2006. Corte Suprema de Chile, Rol 2666-04. Sentencia del 18 de diciembre de 2006.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet. Sentencia No. 365, de 19 de octubre de 2009. Considerando III.8, párr. 11.

violación), también hay casos en los que dicho marco normativo y la jurisprudencia regional sobre impunidad se usa de forma preventiva para evitar que los operadores nacionales violen los derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, del trabajo de la Corte Constitucional colombiana, quien sirviéndose de las normas interamericanas adaptó el marco jurídico del proceso de transición en Colombia antes de que éste entrase en vigor, con miras a garantizar los derechos de las víctimas¹⁸.

En suma, los jueces locales han reconocido que tanto normas nacionales como interamericanas deben leerse conjuntamente y que, como consecuencia de ello, resulta imprescindible adelantar un diálogo con su homólogo regional. La utilidad de esta actitud se evidencia en la armonización de los dos ordenamientos y en la consecuente evolución en la eficacia de la protección ofrecida por uno y otro la cual no se limita a una reacción ante las violaciones sino que, además implica, una prevención de las mismas¹⁹.

Ahora bien, no podemos olvidar que el diálogo implica una doble vía. En consecuencia, así como los jueces nacionales han decidido echar mano de la jurisprudencia interamericana de la misma forma el órgano judicial regional se ha servido de las decisiones nacionales como punto de referencia en sus disquisiciones.

Un estudio de la jurisprudencia interamericana nos permite apreciar que el uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano se da en atención a cuatro supuestos diferentes. En primer

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-695 de 2002, Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-578 de 2002 y Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 370 de 2006. Un análisis de esta faceta preventiva y sobre el ir y venir del diálogo entre el juez interamericano y el juez colombiano en: Gonzalez Espinosa, Olger Ignacio. "Acerca del control de convencionalidad por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. No. 56 diciembre julio 2012.

¹⁹ Como este hay varios ejemplos más de diálogo, algunos pueden consultarse en la Revista diálogo jurisprudencial editada por el instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Fundación Konrad Adenauer.

lugar, como es obvio dada su competencia, el juez interamericano considera el trabajo del juez nacional cuando éste ha dado lugar a las violaciones que hacen responsable a los Estados; en segundo lugar, la CorteIDH se refiere a la jurisprudencia nacional para resaltar su aporte a la hora de esclarecer o enfrentar una violación; en tercer lugar, el trabajo del juez nacional es importante en el escenario interamericano cuando sirve como refuerzo de las ideas del juez regional; finalmente, la jurisprudencia nacional sirve como herramienta para la puntualización y ampliación del contenido de los derechos protegidos por el ordenamiento interamericano²⁰.

²⁰ Este uso de la jurisprudencia nacional por parte del juez interamericano puede apreciarse, en los siguientes casos: Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. párr. 174 y 188. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. párr. 211. Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. párr. 82 y ss. Corte I.D.H., Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Párr. 80. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 223 y ss. Corte I.D.H., Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227. Párr. 165. Corte I.D.H., Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233. Párr. 227; Corte I.D.H., Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 Párr. 283; Corte I.D.H., Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246 Párr. 304; Corte IDH., Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260 Párr. 257 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. párr. 195 y ss. En igual sentido ver Corte I.D.H., Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Párr. 129Párr. 163 y ss. Corte I.D.H., Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217. P.P 53; Corte I.D.H., Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.Párr. 95; Corte I.D.H., Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.Párr. 106; Corte I.D.H., Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana.

Ahora bien, además de esta comunicación de doble vía hemos de recordar que el diálogo no sólo implica acuerdo, la comunicación también puede llevar al disenso²¹. En este sentido, no podemos olvidar que la obligatoriedad del diálogo no significa la unificación de los diversos ordenamientos ni la subsunción de uno en otro. Por ello, el juez internacional no puede imponer sin más sus argumentos al juez nacional o viceversa. En este sentido, siempre que la decisión de apartarse del camino marcado por la jurisprudencia esté debidamente argumentada y, sobre

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240Párr. 128; Corte I.D.H., Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250 Párr. 115; Corte I.D.H., Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253Párr. 194; Corte I.D.H., Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258 Párr. 97. Corte I.D.H., Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011. Serie C No. 223. Párr. 73. Corte I.D.H., Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245Párr. 164, 182, 186, 201, 208. Corte I.D.H., Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257 Párr. 262. Corte I.D.H., Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228. Párr. 93; Corte I.D.H., Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.Párr. 200. Corte I.D.H., Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Corte I.D.H., Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. Párr. 159; CortelDH Caso de las Masacres De Ituango Vs. Colombia, Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia 21 de mayo de 2013, Párr. 24 y 28

²¹ Pese a que los eventos de disenso no son la regla general en el ejercicio del diálogo interamericano, existen algunos ejemplos que vale la pena señalar Corte Constitucional, Sentencia C-442/2011;

Ver también los ejemplos citados en: CortelDH, Resolución le La Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2010, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala; CortelDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 58 y ss; CortelDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 7 de septiembre de 2012 párr.32 y ss; Corte I.D.H., Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

todo, siempre que tal disidencia se justifique en el interés de lograr una mayor protección la decisión del juez estará amparada.

II. Los resultados del diálogo

Desde nuestro punto de vista, el diálogo que acabamos de describir ha dado lugar a la construcción de una red judicial, cuyo eje central es la CorteIDH (quien asume el perfil de un tribunal constitucional), gracias a la cual se puede hablar de la existencia de un *ius commune* interamericano (a.). Esta red ha sido fundamental para perfeccionar la protección ofrecida a los individuos, sin embargo su consolidación no está exenta de dificultades (b.). Exploremos cada uno de estos asuntos.

a. La red judicial de protección la CorteIDH como corte constitucional y el *ius commune* interamericano.

Entendemos por red aquel conjunto de herramientas, instituciones o personas relacionadas u organizadas, formal o informalmente, para la consecución de un determinado fin u objetivo común²². En este orden de ideas, la red judicial²³ está conformada por los

²² “*Networks* are a well-established part of the social sciences vernacular. Tanja Börzel has offered the following general definition: ‘a set of relatively stable relationships which are of non-hierarchical and interdependent nature linking a variety of actors, who share common interests with regard to a policy and who exchange resources to pursue these shared interests, acknowledging that cooperation is the best way to achieve common goals’. For social scientists, networks are employed as an analytical tool to describe why and how cooperation or interaction between various actors takes place”. *Op. Cit.* Claes, Mónica. Are you networked yet? p 101 En derecho internacional la idea de red llega de la mano de Slaughter quien promueve la idea de que “the government networks are the key feature of World order”. En este contexto, según la autora existen tres tipos de redes según su función (*enforcement, information, harmonization*) y su articulación pretende lograr la cooperación, la convergencia y el cumplimiento del derecho internacional. Slaughter, Anne.Marie. A new world order. Princeton University Press, 2004. Lo q

funcionarios investidos con la función de administrar justicia, bien sea a nivel regional o nacional, y cuya competencia principal es la protección de los derechos humanos; estos son la Corte IDH y los jueces constitucionales a nivel nacional. Los miembros de esta red se relacionan a través del ejercicio del diálogo formal e informal. El primero, del cual nos hemos ocupado en este trabajo, encuentra fundamento en las normas constitucionales y regionales que obligan al juez a adelantar un ejercicio de armonización. El segundo se adelanta en escenarios no jurídicos y existe como consecuencia del reconocimiento que los propios jueces, la academia y la sociedad civil en general, hacen de la importancia y necesidad de compartir y usar cierto tipo de información para cumplir la tarea de protección.

Esta red de protección puede ser caracterizada como una red multinivel²⁴ y constitucional²⁵. Esto es como una red articulada en varios

Slaughter llama comunidad global de cortes y Martínez sistema judicial nosotros lo llamamos red. Todas estas 'figuras' buscan explicar el mismo fenómeno.

²³ Sirviéndose de su concepto de red, Slaughter acompañada por Helfer, han estudiado el trabajo de los jueces y han propuesto la idea de una comunidad global de jueces y de una comunidad legal global. *Op. Cit.* Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie "Toward a theory of effective supranational adjudication"

²⁴ Esto es, una red articulada entre varios niveles cuya coordinación no se da en términos jerárquicos o de unificación sino de cooperación. Esta idea la extraemos de los promotores del constitucionalismo multinivel, entre quienes se cuentan, Walker, Neil. *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate.* 'Europe in Question' Discussion Paper Series. LSE; LEQS Paper No. 08/2009; Pernice, Ingolf. *Multilevel Constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?* En *Common Market law Review*, No. 36. 1999; Pernice, Ignolf y Kanitz, Ralf. *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe.* WHI - Paper 7/04 Humboldt University. En el escenario latinoamericano Víctor Bazán hace alusión a la existencia del diálogo interjudicial, así como a la idea de protección multinivel erigida sobre la premisa de que existe un objetivo convergente y gracias al uso de la hermenéutica *pro persona*. *Op. Cit.* Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad. p 18 y 19

²⁵ La idea de una red constitucional ha sido promovida, entre otros, por Anne Peters. Una red constitucional permite el ejercicio de funciones constitucionales y la consecución de objetivos constitucionales más allá del Estado gracias a la articulación de diferentes actores en varios niveles. Peters, al hablar del constitucionalismo internacional se refiere a la necesidad de visualizar "una red constitucional global tejida ligeramente: hay elementos fragmentarios de derecho constitucional en varios niveles de la gobernanza, en parte, en relación con sectores

niveles entre los cuáles no hay una relación de jerarquía (*infra* en este mismo capítulo y en Cap.II.1.A.b), a través de la cual se ejercen funciones constitucionales y cuyo objetivo principal es la armonización de los ordenamientos jurídicos para asegurar la protección efectiva de los individuos.

Como mencionamos líneas arriba, la idea de red que planteamos se asemeja a la imagen de una telaraña: en ella hay interacciones verticales –entre el juez regional y el juez constitucional- y relaciones horizontales – entre los jueces constitucionales de diversos países -. En este trabajo nos hemos ocupado tan sólo del eje vertical de la red y de su construcción a través del diálogo formal al que da lugar la lectura conjunta de las normas interamericanas y constitucionales. En esta arácnida imagen de la red, el primero de los niveles de protección está en los jueces nacionales²⁶. No obstante, la piedra angular de la telaraña es la CorteIDH, la cual funge como faro de la función judicial de protección en Latinoamérica. Justamente este papel articulador del tribunal regional nos lleva a ocuparnos de la posibilidad de concebir a la CorteIDH como una Corte

específicos. Tendríamos que visualizar estos elementos como si estuvieran situados tanto vertical como horizontalmente. Los elementos constitucionales situados en los diversos niveles y sectores podrían complementarse y sostenerse el uno al otro. Esto es una red constitucional.” Al referirse a la forma de interactuar dentro de la red, esta autora también hace alusión a una idea multinivel antes que a la tradicional visión jerárquica: “La edificación de una red constitucional transnacional, en la cual las normas aplicables no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tienen al menos una importante consecuencia jurídica: la solución de eventuales conflictos entre el derecho constitucional nacional e internacional requiere un balance de los intereses de los casos concretos.” Peters, Anne. “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras constitucionales”. *La constitucionalización del derecho internacional*. Anne Peters, Mariano Aznar, Ignacio Gutiérrez Eds. Tirant lo Blanch, Monografías, 688. 2010, p 117.

²⁶ Burke White, habla de una comunidad de cortes en la que las cortes nacionales constituyen “primera línea” de trabajo. Burke-White, William W. “A community of courts: Toward a system of international criminal law enforcement”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24, N°1, 2002-2003.

Constitucional regional y a preguntarnos por la diferencia entre una idea multinivel y la tradicional imagen jerarquizada de un sistema judicial²⁷.

Desde nuestro punto de vista, la apuesta por el papel constitucional de la CorteIDH resulta completamente oportuna e idónea si atendemos al contexto que planteamos. Hoy en día, los tribunales constitucionales existen para asegurar la supremacía e integridad de la constitución en términos no sólo formales sino, también, materiales. Así, no sólo se encargan de la defensa de la constitución sino también de su eficacia y ello implica que además de su tarea de control, la cual ha debido adaptarse, ahora también asumen un nuevo papel como garantes del ordenamiento constitucional y, en especial, de los derechos fundamentales.

En este contexto, si tomamos en consideración la capacidad de la CorteIDH para decidir respecto de la vigencia de normas, su rol como productora de estándares vinculantes de protección y control, así como su

²⁷ Idea similar es desarrollada por Stone respecto del sistema europeo, un escenario al que tilde de 'comunidad de cortes' coordinada a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Stone sweets, Alec. "A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe". *Global Constitutionalism* 2012, 1:1, 53– 90 Así, desde nuestro punto de vista, y siguiendo al análisis que Queralt Jiménez hace del caso europeo, la CorteIDH opera como un ente armonizador cuyo éxito depende, en gran medida, de la recepción que hagan los jueces nacionales de su jurisprudencia: "[...] en términos de compatibilidad no de identidad, criterio que se adecua al proceso de armonización en materia de derechos y libertades fundamentales que protagoniza el TEDH en el ámbito europeo. Así es, la existencia de un estándar mínimo europeo + la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH supone aceptar que el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, y no de uniformización, tal y como parece defender, además, mayoritariamente la doctrina europea. El TEDH desempeña una función armonizadora de los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario [...] en este proceso de armonización es un elemento esencial el uso que las jurisdicciones internas hacen del canon europeo y muy especialmente de las sentencias del Tribunal Europeo como herramienta hermenéutica". Queralt Jiménez, Argelia. El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales. [en línea], Disponible en: http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimxnezx_Argelia.pdf [06 de agosto de 2013].

tarea primordial como guardiana de los derechos humanos, resulta idóneo reconocerla como corte constitucional.

La CorteIDH puede ser reconocida como el órgano judicial constitucional de la región, en primer lugar, gracias a su capacidad para ejercer como legislador negativo. Tal como lo señalamos líneas arriba, en virtud del artículo 2 de la Convención –sumado a los artículos. 1.1, 63 y 68 de la misma, la Corte puede declarar la incompatibilidad de una norma nacional con el derecho interamericano y requerir de los Estados su expulsión del ordenamiento jurídico, así como solicitarles que adelanten todos los trámites necesarios para acoplar el derecho interno a los mandatos regionales. Esta potestad se ve reforzada, tal como lo señalamos, por las cláusulas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho nacional y por la interpretación que los jueces han hecho de ellas²⁸. Gracias a esto el juez regional ayuda a asegurar la supremacía de las normas constitucionales y el respeto de la CADH (que, como lo veremos hace parte del *ius commune* cuyas normas tienen funciones constitucionales)²⁹.

En segunda instancia, los pronunciamientos de la CorteIDH surten efecto de cosa interpretada toda vez que en ellos, el órgano judicial regional, en ejercicio de sus competencias, determina el contenido y alcance de las cláusulas convencionales con fuerza autoritativa. Así pues, el juez regional determina parámetros de conducta que se aplican más allá de los casos que falla en su seno y los cuales influyen en la actitud de los jueces –y demás autoridades- locales y, por lo tanto, en la interpretación, aplicación y vigencia del marco jurídico nacional (supra ejemplos sobre

²⁸ Binder, Ch. ¿Hacia una Corte Constitucional en América Latina? La jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. En www.juridicas.unam.mx

²⁹ Al respecto vale la pena hacer una aclaración terminológica. En este caso el juez regional se comporta, en estricto sentido como juez convencional, sin embargo el uso del término constitucional se hace por dos razones. En primer lugar para poder demostrar su similitud con el trabajo que adelanta el juez nacional y, en segunda instancia, para resaltar las particularidades de su labor en el amplio proceso de constitucionalización del derecho internacional.

amnistías o pena de muerte). Todo esto redundará, a su vez, en la ampliación de la protección ofrecida tanto por el mecanismo regional cuanto por el ordenamiento nacional.

En tercer lugar, gracias al derecho de petición individual, así como a las medidas provisionales previstas en la Convención, la CorteIDH ofrece una protección directa a los individuos bien sea de forma preventiva o reparadora. En estos eventos su tarea se asimila a la ejercida por los tribunales constitucionales de la región en el marco de los procesos de tutela o amparo³⁰.

La suma de estos tres asuntos, permiten leer el trabajo de la CorteIDH en clave constitucional: su competencia para asegurar la supremacía y eficacia de las normas sobre derechos humanos y con ello, su capacidad para organizar y limitar el poder, así como para proteger a los individuos es lo que la ubica en un sendero similar al de los tribunales constitucionales de la región.

Este rol constitucional del tribunal regional resulta mucho más acorde con su naturaleza subsidiaria y con su comportamiento como proveedor de estándares de protección. En efecto, ya que la CorteIDH se ha esforzado por construir una jurisprudencia constante y que dicha jurisprudencia es tenida en cuenta por las autoridades nacionales, la legislación nacional y los mecanismos de protección estatal serán suficientes para lograr el cometido de protección por lo que se evitará la activación del mecanismo regional.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el que la CorteIDH ejerza funciones constitucionales no significa que ella sea superior jerárquica de los tribunales nacionales. Por el contrario, estamos en

³⁰ De ahí que Ayala Corao llame se refiera a este mecanismo como “el amparo interamericano”. Ayala Corao, Carlos. *Del amparo constitucional al amparo interamericano como instituto para la protección de los derechos humanos*. Instituto interamericano de derechos humanos. San José, Caracas. 1998.

presencia de un vivo ejemplo de pluralismo constitucional³¹, en cuyo seno lo importante no es quién ofrece la mayor protección posible sino que, en efecto, dicha tutela esté asegurada.

Tal como señala Von Bogdandy, las ideas de monismo o dualismo para referirse a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ya no responden a la realidad jurídica actual³² -en igual sentido García Sayán³³ y Rodríguez³⁴ *et.al.*-. Hoy en día sólo el pluralismo constitucional³⁵, que asume que la Constitución es solo una parte de un pluriverso normativo y que promueve la interacción entre los diversos

³¹ Stone lo llama pluralismo de derechos: un escenario en el que el juez tiene varias fuentes vinculantes a la hora de proteger los derechos humanos, un contexto en el que el control de convencionalidad es una tarea propia del juez nacional. Stone, Sweet, Alec. "The European Convention on Human Rights and national constitutional reordering". *Cardozo Law Review*. 33-1859 2011-2012. p. 9.

³² En sus palabras son "zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz" Bogdandy, Armin Von. "Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público", Biblioteca Jurídica Virtual, *Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/19.pdf> [13 de agosto de 2013]. p. 7

³³ Quien dice que la profunda imbricación entre estos dos ordenamientos ha hecho desaparecer la discusión entre monismo y dualismo por lo que éstos son un 'anacronismo superado'. García-Sayán, Diego. "La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/11.pdf> [06 de agosto de 2013]

³⁴ Rodríguez Garavito, César. "Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina". *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez Garavito Coord. 1ª ed. Siglo Veintiuno Editores, 2011. En sus palabras: "El efecto de este derecho poswestfaliano consiste no sólo en "administrar la globalización" (Kingsbury y otros, 2009), sino en transformar profundamente los ordenamientos jurídicos nacionales, hasta el punto de que estos no pueden ser entendidos si no se tiene en cuenta el complejo entramado normativo, de múltiples escalas, en el que están insertos (Santos y Rodríguez Garavito, 2007; Santos, 1998)".

³⁵ Cuyo ejemplo más fehaciente se aprecia en la interacción entre el derecho comunitario europeo, el régimen del Consejo de Europa y los derechos nacionales y, especialmente, entre los diferentes jueces que ejercen funciones constitucionales en Europa, esto es el TEDH, el Tribunal de Justicia de las Unión Europea y los tribunales nacionales, quienes representan múltiples niveles, entre quienes existe un diálogo o negociación cada uno reclamando su interpretación como la válida a través de diferentes círculos funcionales que se superponen, compiten y colaboran. Ver *infra* Cap II.1.A.b

ordenamientos de forma heterárquica (*infra* Cap II.1.A.b), puede explicar la actual diversidad en el ámbito jurídico y las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional³⁶

Así pues, según el pluralismo constitucional ya no se trata de seguir o no una regla última del derecho nacional, regional o universal; es la existencia de principios comunes del constitucionalismo y las relaciones entre diversos ordenamientos jurídicos lo que determina las prácticas constitucionales³⁷. En este sentido, cuando nos referimos a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno y, por lo tanto, a la relación entre sus operadores jurídicos, ya no podemos hablar de una pirámide en estricto sentido; ahora estos ordenamientos se relacionan a través de un ejercicio de acoplamiento³⁸, que se desarrolla a través del dialogo³⁹, más que por medio de una relación de jerarquía⁴⁰.

³⁶ *Op. Cit.* Von Bogdandy, A. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. p. 7

³⁷ Kumm, Mattias. "The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between national constitutional law and constitutionalism beyond the state". *Op. Cit. Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government.*

³⁸ *Op. Cit.* Von Bogdandy, A. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. p. 7 En palabras de este autor: "Además, la noción de un orden piramidal de las normas no es compatible con la experiencia de su diversidad. Ni siquiera la noción contemporánea de un derecho global, que podría evocar el monismo, pone en entredicho esta idea de pluralismo. El concepto pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos: por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos. Este concepto conlleva además importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: ninguna constitución es ya un universo en sí mismo sino más bien un elemento de un pluriverso normativo como pone especialmente de manifiesto el caso europeo. En este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de acoplamiento entre ordenamientos jurídicos"

³⁹ Maduro apunta que la herramienta básica del pluralismo constitucional para evitar los conflictos constitucionales es el diálogo interjudicial el cual se desarrolla siempre que exista una compatibilidad sistémica, esto es, que los ordenamientos involucrados compartan valores legales fundamentales, que haya conciencia institucional, es decir que cada uno de los operadores jurídicos sea consciente de la existencia del otro y lo reconozca como interlocutor válido y que se comparta el marco hermenéutico de trabajo. Maduro, Miguel Poiares. "Interpreting european law-judicial adjudication in a context of constitutional pluralism", *Working Paper IE Law School*, N° WPLS08-02, marzo, 2008. p 14 y ss. La propuesta desarrollada en

A la luz de estas ideas podemos decir entonces que, en el escenario interamericano, existen por lo menos dos jurisdicciones constitucionales -una regional y otra nacional- que, a luz del marco normativo que hemos expuesto, se coordinan a través de un diálogo que se desarrolla bajo principios de subsidiariedad, complementariedad, margen de apreciación y efecto útil, y no en términos jerárquicos. En este sentido, la interacción entre las diferentes autoridades constitucionales resulta propia de un modelo pluralista en el que *“instead of hierarchy and supremacy (...) there is functional primacy based upon mutual consideration, recognition and cooperation between the courts”*⁴¹. En otras palabras, siguiendo la teoría del pluralismo constitucional, en el escenario interamericano se adelanta un ejercicio de acoplamiento que permite la armonización, y por lo tanto, la convivencia y eficacia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional. Dicho acoplamiento se ha logrado gracias al efecto directo que los ordenamientos constitucionales le han concedido tanto a las normas como a la jurisprudencia interamericana, así como en virtud del impulso de la figura del control de convencionalidad y la interpretación conforme⁴². En este orden de ideas, la CorteIDH no se erige como superior jerárquico de los demás tribunales constitucionales de la región⁴³. Así pues, el que la CorteIDH se comporte como tribunal constitucional de la región no significa que ella sea superior jerárquica de los demás jueces. El

este capítulo nos muestra como el escenario interamericano cumple con estos requisitos permitiendo el desarrollo del diálogo interjudicial en un escenario de pluralismo constitucional.

⁴⁰ También en el sistema de protección europeo se puede hablar de esta relación heterárquica. Estoy se refiere a ella como un sistema de nodos autónomos pero con un objetivo común. Stone sweets, Alec. “A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe”, p 10

⁴¹ Pernice, Ignolf. “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action. *Columbia Journal of European Law*, No. 15, 2008-2009. p 384.

⁴² El propio profesor alemán así lo reconoce. *Op. Cit.* Von Bogdandy, Armin. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

⁴³ “Primacy should be defined according to a substantive rather than formal hierarchy” Cottier, Thomas. “Multilayered governance pluralism, and moral conflict”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, 2009.p. 78

reconocimiento de sus funciones constitucionales sólo pretende registrar los alcances de su jurisdicción y ubicarle como ente articulador de la red de protección cuyo rol sólo habrá de activarse en ausencia de protección nacional suficiente e idónea.

En suma, retomando nuestras afirmaciones iniciales, la red de protección que se ha construido gracias al trabajo de los jueces de protección, es una red multinivel en la medida en que articula el nivel nacional y el nivel regional de protección en una relación de complementariedad y no de jerarquía y, es una red constitucional toda vez que la articulación de los varios niveles permite que los actores constitucionales, ejerzan funciones constitucionales con miras a la consecución de objetivos constitucionales (valga la redundancia).

Otro de los resultados del diálogo es la conformación de un *ius commune* interamericano. El *ius commune* interamericano da cuenta de la existencia de un marco mínimo de protección conformado por el catálogo de derechos y obligaciones básicas que resultan de la convergencia de los listados constitucionales y los instrumentos regionales gracias a la interpretación que los jueces de protección hacen de los mismos y, en particular, debido al papel coordinador e irradiador de la jurisprudencia interamericana. En este sentido -y acorde con las notas esenciales de los derechos humanos-, el *ius commune* se caracteriza por su naturaleza dinámica y progresiva ya que responde tanto a la inquietud de los jueces por adaptar el derecho a la realidad a la que ha de aplicarse, como a la necesidad de lograr su ampliación y profundización con el paso del tiempo. Así, toda vez que el *ius commune* responde a la realidad regional y, por lo tanto, evoluciona sólo en la medida en que lo hagan tanto los derechos nacionales como el derecho interamericano en el marco de esa mecánica de interacción que hemos descrito hasta el momento, su configuración siempre será respetuosa de la soberanía estatal y el pluralismo.

A la luz de estas ideas, podemos decir que el *ius commune* cumple fundamentalmente cinco funciones, todas ellas de naturaleza constitucional. En primer lugar permite establecer los estándares mínimos

de protección. Así mismo, ayuda a elevar los parámetros de salvaguarda. En tercer lugar, el *ius commune* facilita la comunicación entre los diversos escenarios de tutela, particularmente, facilita la recepción y el cumplimiento de las órdenes interamericanas. Además, permite alcanzar una coherencia que aunque facilita la igualdad es respetuosa de la diversidad. Finalmente, tal como en el caso del ‘patrimonio constitucional común’ propuesto por Zagreblesky⁴⁴ el *ius commune* interamericano sirve como parámetro de validez de las normas, tanto constitucionales, como internacionales y en ese sentido se erige como un derrotero para el legislador y, en general, como parámetro de conducta para el ejercicio del poder.

Como se observa, la interacción de los jueces de protección a través del diálogo interjudicial desarrollado en virtud del marco normativo y las herramientas expuestas nos permite concebir la existencia de una red judicial y de un pluralismo constitucional en la región, dentro del que la CorteIDH ejerce funciones constitucionales, y en virtud del cual se han sentado los primeros cimientos para la conformación de un *ius commune* interamericano. Ahora bien, ¿cuáles son los verdaderos alcances de esta idea en el marco del escenario regional?

b. Los alcances del diálogo

Los alcances de la red de protección, es decir, de la interacción judicial, deben evaluarse tomando en cuenta los cambios que esta genera y que ayudan a potenciar la efectividad de la protección de los derechos humanos. En este orden de ideas, desde nuestro punto de vista, podemos señalar tres grandes logros: el primero de ellos, que enmarca y potencia los demás, es el impacto que la red ha generado en la forma como se conciben las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

⁴⁴ Zagreblesky, Gustavo. “El juez constitucional en el siglo XXI”. *Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Autónoma de México* [en línea], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2725> [25 de agosto de 2013].

Además de esta metamorfosis, en segunda instancia, es preciso señalar los cambios experimentados por los ordenamientos jurídicos como resultado del proceso de armonización, todos ellos destinados a perfeccionar los estándares de tutela. Finalmente, como consecuencia de todo lo anterior, hay que dar cuenta de las mejoras que dichos cambios generan en términos de la efectividad de los mecanismos de protección.

En primer, lugar debemos decir que la conformación de la red es, a su vez, causa y consecuencia de la mutación que experimenta la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Ella da cuenta, ante todo, de la mutua permeabilidad e interdependencia de estos ordenamientos y de la necesidad de que sus actores interactúen y se reconozcan como agentes de un mismo cometido cuya efectividad depende de la armonización de los dos sistemas.

En otras palabras, la red permite, por una parte, comprender que los agentes de ambos ordenamientos ya no actúan independientemente, sino que se insertan en un escenario mucho más complejo de coordinación y complementariedad en el que no existe jerarquía alguna y, por la otra, dar cuenta de cómo se teje esa relación y de los resultados de la misma. Lo primero nos ayuda a asumir y, por lo tanto, a enfrentar mejor y más fácilmente el nuevo escenario, lo segundo nos permite trazar derroteros que perfeccionen la interacción y eviten sus baches con miras a lograr una mejor protección de los individuos.

De la mano con estos cambios en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, la interacción judicial permite, a su vez, modificaciones del marco normativo. Dichos cambios normativos tienen que ver con cuatro asuntos. Primero, las reformas constitucionales o las reinterpretaciones constitucionales que facilitan el uso del derecho internacional de los derechos humanos en el seno del derecho interno, segundo el alcance del catálogo de derechos, tercero, las reformas procesales e institucionales y, cuarto, las reglas para lograr el cumplimiento de las sentencias internacionales.

Respecto de lo primero podemos afirmar que los jueces y su interacción han sido protagonistas a la hora de ‘jalonar’ las reformas constitucionales (México) o las reinterpretaciones constitucionales (Chile o Guatemala, por ejemplo) que reivindican el uso del derecho interamericano como herramienta coadyuvante en la protección de los derechos humanos por parte de todos los operadores jurídicos a nivel nacional.

En cuanto a lo segundo, podemos decir que la suma de todos los factores que señalábamos arriba ha permitido que muchos de los derechos ya previstos tanto en los ordenamientos nacionales como en el interamericano amplíen su espectro de protección bien sea porque se incluyen nuevas categorías de sujetos protegidos, porque se refuerza el estatus de algunos de ellos o, simplemente, porque se incluyen nuevos contenidos al derecho⁴⁵. Además, la lista de derechos a proteger se ha visto ampliada entre otras razones por que algunos derechos que a nivel nacional no tenían estatus suficiente han pasado a ser normas constitucionales o por lo menos supra-legales en virtud del proceso de incorporación del derecho interamericano⁴⁶.

⁴⁵ Algunos de los casos más significativos sobre este asunto: Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66

⁴⁶ Aguilar afirma que el uso de la jurisprudencia interamericana por parte de los jueces nacionales ha reforzado la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la región. Aguilar, Gonzalo. Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos en América Latina. En Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 24, 2011. Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala. Recurso de Casación 210-2003-7 de octubre de 2004. Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala. Recurso de Casación 210-2003-7 de octubre de 2004. Al respecto ver la reforma constitucional producto de la orden interamericana en el caso de la Última Tentación de Cristo: Ley 19.742 o la

Respecto las reformas procesales, podemos decir que como consecuencia de la interacción judicial varios países han logrado la reestructuración de los propios procesos de tutela a nivel nacional y de otras tantas normas procesales con el objetivo de asegurar la protección de los derechos⁴⁷. Por último, hemos de decir, que también con ocasión de estos cambios normativos se han acoplado los mecanismos para el cumplimiento de las órdenes interamericanas. Así ocurrió por ejemplo, con las reformas al código de procedimiento penal en Colombia⁴⁸, al recurso de casación penal en Costa Rica⁴⁹ o con la más reciente reforma constitucional en México⁵⁰.

El último de los efectos del diálogo que queremos mencionar tiene que ver con la efectividad de los mecanismos de protección. Desde nuestro punto de vista la existencia de la red judicial han potenciado los alcances de la protección en tres sentidos. Por una parte, brindan herramientas al juez de protección para facilitar su tarea, por la otra, favorecen el cumplimiento de las sentencias internacionales; finalmente, en general, la red da lugar a los cambios necesarios para lograr la protección requerida por el individuo sin necesidad siquiera de acudir a los estrados judiciales.

regulación del derecho de acceso a la información pública consagrado en la Ley 20.285, como consecuencia de las órdenes en el caso Claudio reyes.

⁴⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 8503 de 2006. 'Apertura de casación penal' por medio de la cual se modifica y complementa el Código Procesal Penal, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sentencia CSJN, 7/4/1995, Giroldi., H.D. y otros/ recurso de casación. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el expediente 010-2002-AI/TC. Bolivia: Sentencia 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004. Ecuador: Tribunal constitucional, sentencia 42-2007-TC de 10 de junio de 2008. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el expediente 010-2002-AI/TC. Bolivia: Sentencia 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004. Ecuador: Tribunal constitucional, sentencia 42-2007-TC de 10 de junio de 2008.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 2003.

⁴⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Ley 8503 de 2006. 'Apertura de casación penal' por medio de la cual se modifica y complementa el Código Procesal Penal, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁰ Reforma constitucional del año 2012

En primer lugar, debemos reiterar que en este contexto de interacción y progreso el juez de protección encuentra las herramientas que le facilitan su tarea. Por su parte, el juez nacional ve en las reformas procesales y en la ampliación del catálogo de derechos y, en general, en la apertura de los ordenamientos internos hacia el derecho internacional, las herramientas necesarias que le han permitido adelantar y justificar la extensión y profundización de su trabajo. Mientras tanto, el juez interamericano ha descubierto en su homólogo nacional el mejor aliado para cumplir con su tarea: él se ha convertido no sólo en fuente del fundamento de sus sentencias sino, también y sobre todo, en agente directo de sus órdenes.

En segundo lugar, la red judicial ayuda al cumplimiento de las órdenes internacionales y, con ello, potencia el arraigo (*embeddedness*⁵¹) de sus efectos no sólo particulares sino también generales. La efectividad de la adjudicación internacional puede ser estudiada desde dos perspectivas diferentes, en sentido amplio y en sentido estricto. En efecto, tal como señalan Helfer & Slaughter⁵², la efectividad de un tribunal internacional se mide “in terms of its ability to compel compliance with its judgments by convincing domestic government institutions, directly and through pressure from private litigants, to use their power on its behalf”. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la efectividad del trabajo de un tribunal internacional no sólo se mide en términos del cumplimiento de sus sentencias (efectividad en sentido estricto), sino, también, en su habilidad para lograr los cambios necesarios para conseguir la protección que persigue aún sin tener que activar su competencia (esto es lo que nosotros llamamos efectividad en sentido amplio).

⁵¹ Esto es “the extent to which dispute resolution decisions can be implemented without governments having to take actions to do so”. Such implementation is automatic where ‘autonomous national courts can enforce international judgments against their own governments’” Helfer defiende el arraigo como una de las principales estrategias para lograr la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos. *Op. Cit.* Helfer, Laurence. *Redesigning the European Court of Human Rights...*

⁵² *Op. Cit.* Helfer, Laurence y Slaughter, Anne.Marie. *Towards theory of effective supranational adjudication.*

Respecto de la efectividad en sentido estricto: aun cuando un vistazo generalizado a las estadísticas sobre el número de expedientes que permanecen abiertos ante la CorteIDH con ocasión de su incumplimiento podría contradecir la idea de que sus decisiones son realmente acatadas⁵³, una mirada a profundidad nos permite ver que la mayoría de las órdenes han sido cumplidas⁵⁴, y que si el expediente sigue abierto no es debido – por lo general- a una negativa sistemática a cumplir las órdenes, sino debido a la complejidad (e incluso imposibilidad en algunos casos) de algunas de las medidas decretadas por el órgano regional. El asunto del cumplimiento de las sentencias interamericanas genera mucho debate, y la lectura es diferente según la perspectiva que se adopte. Desde nuestro punto de vista, pese a la creencia generalizada, si se hace un análisis que tenga en cuenta el tipo de medida decretada y la complejidad de las órdenes interamericanas, así como el contexto en el que se insertan, puede deducirse que el nivel de incumplimiento no es tan alto cuanto se alega⁵⁵.

⁵³ Según el informe anual de 2012, de los caso 259 casos fallados hasta el momento 138 seguían en etapa de supervisión de cumplimiento www.corteidh.or.cr/publicaciones Si bien es verdad que muchos de los casos permanecen abiertos –es decir, que la CorteIDH no ha archivado el expediente por cuanto están pendientes de cumplimiento algunas de sus órdenes- ello es así por dos motivos: porque existe un tipo de órdenes cuya observancia resulta realmente difícil o por lo menos requiere un periodo prolongado de tiempo; o por las condiciones particulares del contexto en el que se aplican. En todo caso, la articulación de los ordenamientos y la coordinación del trabajo judicial brindan un escenario que favorece el cumplimiento de las sentencias internacionales

⁵⁴ Henneus afirma: “Compliance has been another challenge. A study comparing compliance to the ECHR and the Inter-American Court found that compliance to the Inter-American Court had been previously understated; while only 9 percent of cases receive full compliance, a more nuanced view of compliance reveals that 76 percent of cases receive partial compliance”. *Op. Cit.* Huneeus, Alexandra. *Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights*. Sobre este asunto ver, Baluarte, David C. “Strategizing for compliance: the evolution of a compliance phase of Inter-American court litigation and the strategic imperative for victims’ representatives”, *American University International Law Review*, Vol. 27, N° 2, 2012; Open Society, *From Judgment to Justice Implementing International and Regional Human Rights Decisions*. Open Society Justice Initiative. 2011.

⁵⁵ Así por ejemplo, si tomamos en consideración el tipo de medidas propias de los sistemas internacionales de protección –esto es, indemnizaciones- el grado de cumplimiento en el escenario interamericano es considerablemente alto (58%). Ver: Basch, Fernando; Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Bárbara Schreiber. “The effectiveness of the

En nuestra opinión, mucho de ese cumplimiento ha tenido que ver con la actitud del juez nacional⁵⁶ y con su diálogo con los jueces regionales. Baste remitirnos a los casos sobre leyes de amistad que reseñamos en este capítulo.

En definitiva, un diálogo cuyo resultado es la ponderación de los intereses nacionales con los intereses regionales, un diálogo que tiene en cuenta la opinión de los jueces nacionales, dota de coherencia sustancial a la jurisprudencia y provee de legitimidad a las decisiones interamericanas, las hace inmune a los reproches y, por lo tanto, hace más fácil su aceptación (*ergo*, su cumplimiento) por parte de las autoridades nacionales⁵⁷.

Además de esta efectividad en estricto sentido, en términos más amplios podemos decir que la verdadera ventaja de todo este diálogo interjudicial y los cambios que representa tiene que ver con la consolidación de un marco normativo y la generación de una cultura – gubernamental y social- que coadyuvan en la eficacia de la protección de los derechos humanos⁵⁸. Desde nuestro punto de vista, los cambios que ha

inter-american system of human rights protection: A quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions”, *International Journal Of Human Right*, Vol. 7, Nº 12, enero, 2010.

⁵⁶ Pues como dice Nollkaemper, las cortes nacionales tienen más poderes entre otros, para hacer efectiva la reparación. *Op. Cit.* Nollkaemper, André. National Courts and the international rule of law P 167

⁵⁷ Sobre estos asuntos ver *Op. Cit.* Torres Pérez, Aida. Conflicts of rights in the European Union y *Op. Cit.* García Roca, Javier. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”.

⁵⁸ En este sentido, los cambios logrados con ocasión de la relectura de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno vienen a probar la afirmación de lo imprescindible que resulta este último para la efectividad del DIDH. Tal como lo afirma Bazán, “Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que adquieren sus áreas de interacción con el derecho doméstico exige una articulación de ese binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento cabal del sistema de derechos”. *Op. Cit.* Bazán, Víctor. Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas influencias jurisdiccionales recíprocas

generado la interacción de los ordenamientos y actores de protección ayudan a la creación de un escenario de tutela en el que los derechos pueden ser garantizados antes, y no sólo después -es decir, tras la violación-, de acudir a los escenarios judiciales –y más aún: antes y no después de acudir al sistema regional-⁵⁹. En este sentido, la eficacia de la protección no se predica sólo respecto de quién acude a los estrados judiciales – nacionales e internacionales- sino, en general, respecto de la población⁶⁰.

Así pues, podemos decir que el diálogo interjudicial asegura la consecución de los objetivos constitucionales de protección y, con ello, la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos. Vale la pena recordar que la efectividad del ordenamiento internacional no pasa por el acatamiento de las sentencias internacionales sino por el cumplimiento de las obligaciones internacionales sin que medie la

⁵⁹ Ejemplos muy dicentes sobre el litigio estratégico en Latinoamérica en: CELS. Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho. Siglo XXI Ed. 2008; A.A.V.V. El litigio estratégico en México. Aplicación de los derechos humanos a nivel práctico, experiencias de la sociedad civil. OACNUDH, México, 2007; Beloff, Mary. Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. En www.observatoriojovenes.com.ar

⁶⁰ En el caso interamericano ello es particularmente cierto dado el alcance de las órdenes de reparación integral cuyas repercusiones exceden el caso en concreto. En este caso, como lo señala Helfer refiriéndose al arraigo de las normas y jurisprudencia internacionales “At a practical level, embedding the regional human rights regime in national legal systems protects a larger number of individuals in a more expeditious fashion”. *Op. Cit.* Helfer, Laurence. Redesigning the European Court of Human Rights. Así, tal como lo señalan Filippini y otros: “En una región de democracias defectuosas y persistentes violaciones de derechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte, o Corte IDH) pueden contribuir a moldear positivamente la conducta de los estados. Ambos órganos, de hecho, han dado respuesta a miles de víctimas a través del sistema de peticiones previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y han fijado estándares que, en mayor o menor grado, guiaron algunas reformas jurídicas y políticas importantes en los países de la región”. Filippini, Leonardo; Fernando Basch, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi, Bárbara Schreiber. “La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol.1, Nº 1, Enero, 2004. p 9.

intervención judicial. Sólo así el derecho internacional de los derechos humanos cumple su verdadero cometido.

En este sentido, el reconocimiento de la CorteIDH como una corte constitucional que ayuda a asegurar la supremacía del cometido de protección y, con ello, a establecer parámetros para su consecución aún sin que medie su activación, así como la existencia del *ius commune interamericano* como lenguaje común que eleva los mínimos de protección, brinda seguridad jurídica, promueve la igualdad y motiva la transformación de los sistemas, resultan ser las estrategias más efectivas a la hora de asegurar el objetivo común de los ordenamientos constitucionales y el derecho interamericano.

CONCLUSIÓN

Como se observa, gracias a la creciente interdependencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, en el escenario interamericano se ha construido un modelo multinivel de protección que asume la forma de una red judicial creada a partir del diálogo entre los jueces de la región. En el seno de esta red, el juez interamericano se comporta como un juez constitucional y los jueces nacionales como agentes de un mandato internacional.

La articulación de los dos niveles, reduce las tensiones, permite armonizar y coordinar el trabajo de protección, facilita la recepción y el cumplimiento de las órdenes interamericanas y, por lo tanto, potencia la tutela efectiva de los individuos y extiende sus alcances. Además, esta coordinación del trabajo judicial refuerza la idea de que la primera línea de defensa de los derechos humanos corresponde al nivel local y, por lo tanto, ubica a la CorteIDH como un verdadero mecanismo subsidiario de protección que provee estándares de protección y no como la única voz involucrada en la tarea de protección.

En este contexto adquiere sentido la idea de que la protección de los individuos es un camino de dos sentidos en el que el diálogo se erige como herramienta fundamental para alcanzar la efectividad de los mecanismos de protección previstos tanto a nivel nacional como internacional.

INTERNATIONAL TREATIES IN SPANISH LAW

Pedro Julio Tenorio Sanchez

I. Nature and range of international treaties under Spanish law.

I.1. Background and current regulation

The Spanish Constitution deals with international law primarily in Chapter III of Title III, but also in other scattered provisions, specially in art. 10.2.

In Spain, the question whether international law applies as domestic law was silenced by our constitutions until the 1931 Constitution, Article 7 of which stated that Spain was obliged to abide by the universal norms of international law, incorporating them to its positive law. Mandatory, but not automatic, transposition through internal positive law was established. This was interrupted during the period of General Franco's fundamental laws. The current Constitution does not include a provision similar to that of our Second Republic Constitution.

I.2. Treaties: transposition procedures

Constitutions often contain rules on the incorporation of treaties into domestic law. These rules may follow one of two models: the automatic reception of the treaty from the moment it becomes internationally binding, or the indirect incorporation, which means that a

legislative action of a constitutional organ is required for the transposition of the treaty into domestic law. Regarding the procedure for the conclusion of treaties, the initiative belongs to the Government, in the exercise of its role of political leadership . While Art. 97 of the Constitution (hereafter CE) states that policy direction includes foreign policy, Courts have no specific powers in the initial stage of formation of treaties. Although the Constitution says nothing about the participation of the Autonomous Communities in the international policy agenda, almost all autonomy statutes have given the regional Governments the power to urge the Central Government to negotiate treaties and to receive certain information about other treaties.

Following the procedure, the decisive intervention of Parliaments in demo-liberal regimes, either by giving consent or authorizing the Government or the Head of State to provide such consent, takes place at the stage of conclusion of treaties.

The Spanish Constitution has opted for the parliamentary authorization for the king to express the consent of the State. In this regard, Art. 93 CE establishes that the conclusion of treaties by which an organization or international institution exercises powers derived from the Constitution must be approved by organic law. In turn, Art. 94.1 CE requires authorization of the Parliament in the following cases: for the provision of State consent to treaties of a political nature as well as treaties or agreements of a military nature, or to those affecting territorial integrity; or to those affecting fundamental rights and duties included in Title I; or to those imposing financial obligations to the Treasury; or to those involving amendment of a law or requiring legislative measures for their implementation.

The remaining treaties do not require permission from the Parliament, but the Government must inform the Parliament immediately after their completion.

Thus, governmental classification and qualification of the treaty becomes an essential issue; while such classification can be modified by

the Parliament, this is an unlikely case, because of the Government's parliamentary majority.

The participation of the parties involved may be to authorise by organic or by ordinary law or none of the above.

I.3. Publication of Treaties

The next stage to the conclusion of the treaty is its publication. Art. 95.1 CE says that validly concluded international treaties, once officially published in Spain, will be part of domestic law. Thus, Art. 1.5 of the Civil Code (which stated that treaties would be domestic law at their completion, while publication was just a requirement for direct implementation by State organs) was modified. This had resulted in the omission of publication of many treaties. After the Constitution, unpublished treaties cannot be considered part of domestic law, as Art. 96.1 CE is very straightforward in this regard; this is without prejudice to the international responsibility of the State, when appropriate.

As to the form of publication, the Civil Code required that treaties be published in the Official Gazette, but after the Constitution it should be understood that any official publication that has legal effects in Spain, although printed outside Spain, is valid, as is the case for the Official Journal of the European Communities.

I.4. Implementation of Treaties

Treaties must be implemented. In order to do this, some require legal or regulatory development, while others do not. In accordance with the constitutional division of powers, the legislative or executive measures for implementation can be a competence of the State or of the Autonomous

Communities. The guarantee of compliance of the treaty (not necessarily its execution) corresponds either to the Parliament or to the Central Government, as the case may require. The Constitutional Court ruling of 4 July 1991 (STC 149/1991, July 4) established that the Government and the Parliament cannot ignore the way in which the regions implement the obligations contained in the treaties, and that they will request the necessary information from the latter; however, if corrective measures are to be taken to address deficiencies, these should be provided for in the Constitution.

I.5. Legal status of Treaties

The regulatory status of treaties is usually regarded differently by writers on constitutional law and international law. From an international-law perspective, the prevalence of the treaty over internal rules is so obvious that the latter cannot be effectively invoked to justify a breach of the treaty. This was explicitly stated in the Vienna Convention on the Law of Treaties.

However, at the level of domestic law, the Constitution is the supreme law, the legal basis of any applicable rule in Spain, as established in the Constitution itself.

Indeed, this is confirmed firstly if we consider that the conclusion of a treaty containing stipulations contrary to the Constitution requires the prior reform of the latter, in accordance with art. 95.1 CE; as a natural consequence of this, the treaty cannot be ratified until the Constitution is amended. And if it were ratified, such ratification could be declared unconstitutional. Naturally, this is all without prejudice to the Spanish State's international responsibility for noncompliance.

To avoid the above dysfunctions, art. 95.2 CE states that the Government, the Congress or the Senate may require the Constitutional

Court to declare whether or not there is contradiction between a treaty concluded but not ratified, and the Constitution.

The Constitutional Court has made clear the infraconstitucional level of treaties, establishing that the source of their validity is the Constitution: STC 28/1991, of 14 February.

I.6. The relationship of international treaties and ordinary law

If the infra-constitutional level of treaties is obvious from the viewpoint of domestic law, the determination of their place in relation to the law is a more complex task.

To elucidate the latter it has to be noted that the system of sources set by the Spanish Constitution is informed not only by the principle of hierarchy of rules (under which lower status regulations cannot contradict higher status ones), but also by the principles of competence and expertise of the case (specific rules take precedence over general rules). This means that there is not always a correspondence between the procedures for drafting rules and standards, on the one hand, and their hierarchy, on the other.

To be more specific, we can see that the method of preparation, completion and publication of treaties is clearly different from the ordinary legislative process. Moreover, sometimes it is similar, sometimes more complex, and, at other times, treaties are concluded by the Government and perfected by the King without the intervention of Parliament.

On the other hand, procedures for amendment, denunciation and suspension of treaties are also different: repeal, amendment and suspension must be made as established in the provisions of the treaty or in accordance with the general rules of international law (Art. 96.1 CE); renunciation must be made as established in the procedure for approval

(Art. 96.2 CE); treaties referred to in Art. 93 CE require an organic law, both for the repeal, modification or suspension and for the renunciation, since they also needed one for authorization.

On the other hand, all treaties can be challenged before the Constitutional Court to control their constitutionality, a similar process to the verification of constitutionality of national primary legislation. When the organic law of the Constitutional Court established the above, it did not confer jurisdiction beyond those assigned in the Constitution itself, but rather specified which ones are rules and norms that constitute primary legislation.

Ultimately, all treaties (authorized by organic or non-organic law, or those that do not require authorization by the legislature), though non-identical sources with respect to primary legislation, share, in this respect, a similar regulatory standing, so they have the normative force of law.

The treaty repeals previous domestic rules that are opposed to compliance with the provisions of such treaty, including but not limited to primary legislation. However, the treaty itself cannot be modified or terminated by procedures other than the ones referred to above, which in turn override any regulation having the force of law and approved at a later date.

The status of domestic law of treaties precludes the amparo appeal by any individual, but this possibility is open to acts of implementation: SSTC 187/1991, of 3 October and 254/1993 of 20 July. Treaties may be invoked in an amparo appeal: STC 140/1995, of 28 September, but they are not part of the constitutionality core: SSTC 254/1993, of 20 July and 51/1996 of 26 March.

II. Convergence of the protection of fundamental rights between the Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

II.1. Formulation, genesis, relevance and content of Art. 10.2 of the Spanish Constitution.

II.1.1. If one were to sum up the Spanish Constitution (hereinafter CE) in one article, it would be art. 10. It is true that, within it, the first section is more important than the second but the latter too has great relevance.

Art. 10.1 CE stipulates that “The dignity of the person, the inviolable rights which are inherent, the free development of the personality, respect for the law and the rights of others, are the foundation of political order and social peace”.

More interesting for our purpose here is art. 10.2 CE, which states that “The norms relative to basic rights and liberties which are recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the *Universal Declaration of Human Rights* and the international treaties and agreements on those matters ratified by Spain”.³¹⁴

II.1.2. In order to understand why our constitutional fathers included this provision, we should take into account that the Spanish democratic transition was essentially led by a government part of which had been in power before the advent of democracy. It is easy to understand why our constitutional fathers, when writing the Constitution, included provisions to prove that they were establishing fully constitutional rules, a system of freedoms comparable to those of the most important Western democracies.

Therefore, they not only drew inspiration from well established constitutions, when they acknowledged the different rights, but also

³¹⁴ Sáiz Arnáiz has exhaustively analyzed CE, Art. 10.2; that this synthesis is based on his work is acknowledged. Vid. reference section of the present article.

wanted to make sure that these texts would be interpreted in accordance with the prevailing trends in Western democracies.

This provision was incorporated to the constitutional text despite substantial opposition. The decisive point seemed to be securing the guarantee of some rights the Constitution had not explicitly recognized, particularly the right to education, closing the debate about this controversial right.

II.1.3. We cannot say that art. 10.2 CE is an original Spanish contribution to comparative constitutionalism, since our precept was preceded by art. 16.2 of the Portuguese Constitution of 1976. But it does seem to join a tradition that later inspired other constitutions, such as the Romanian (art. 20) or the Colombian (art. 93.2).

II.1.4. Since its creation, our Constitutional Court case law has fully implemented that provision, and has stressed its importance. To clarify the meaning of art. 10.2 CE in our system, we should take into account how it has been interpreted and applied by the Spanish Constitutional Court:

II.1.4.1. This provision does not add to the fundamental rights recognized by the Spanish Constitution. The fundamental rights recognized in Spain are, as our Constitutional Court has established, just those recognized in the Constitution. So, if a claimant invokes a right contained in an international treaty, the action before the Court shall not prosper. Whoever invokes legal rights or positions explicitly recognized in an international treaty (but not in the Constitution) has to prove that they are also recognized in the Constitution. In this regard, we must recall that the right to appeal of any person convicted of a criminal act, recognized in art. 14.5 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (hereinafter *ICCPR*), has been recognized by the Constitutional Court in line with either the right to effective judicial protection (art. 24.1 CE) or the right to the due process of law (art. 24.2 CE).

II.1.4.2. Article 10.2 establishes a requirement of 'consistent interpretation' of fundamental rights according to international human rights treaties ratified by Spain, a requirement that somehow has initiated a new kind of interpretative argument.

From its first judgment, our *Constitutional Court* has systematically implemented and emphasized the importance of this provision. Specifically, it has underlined the interpretative value of the *European Convention on Human Rights* (hereinafter ECHR) and the judgments which, pursuant thereto, are issued by the *European Court of Human Rights* (hereinafter ECtHR). One example is the Judgment of the Constitutional Court (hereinafter STC) 91/2000, Legal Ground 7 –'legal ground' hereinafter LG-: "To clarify, specifically, what are these rights and contents the CE proclaims in an absolute way and therefore projects universally [...] particularly relevant are [...] *the Universal Declaration of Human Rights* and other international treaties and agreements relating to the same matters ratified by Spain, which art. 10.2 CE refers to as an interpretative criterion of fundamental rights. Therefore, from its earliest rulings, the Court has recognized the important hermeneutic role that the international human rights treaties ratified by Spain have in the determination of fundamental rights [...] and, most uniquely, the *European Convention for the Protection of Human Rights and Public Freedoms* [...]".

This gives this type of treaties an unusual scope. In the Spanish legal system, international treaties become part of domestic law through the provisions of art. 96.1 CE. Under that provision, "1. Validly concluded international treaties, once officially published in Spain, shall form part of domestic law. Their provisions may be repealed, amended or suspended in the manner provided for in the treaties themselves or in accordance with the general rules of international law". This applies to all international treaties, not only those that recognize rights but also those on different subjects. This transposition turns treaties into domestic law, in principle subject to the Constitution (without prejudice to the international

responsibility to be incurred by the State as a result of the breach of this type of agreement).

Art. 10.2 CE provides international treaties containing fundamental rights with a new and different scope to that of art. 96.1 CE. Pursuant to art. 10.2 CE, international treaties are an interpretative criterium of the rights recognized in the Constitution. It should be specified that they are criterion for interpretation, not only in the version they had at the time of the adoption of the Constitution, but also in its future versions.

Virtually all fundamental rights are affected by this: both procedural rights (effective judicial protection and due process of law) and substantive rights (equality, religious freedom and freedom of expression, to name but three of them).

International legislation has exercised a remarkable influence on many sectors, not only in areas such as extradition or immigration, but on others that, at first glance, may seem more remote, such as military and juvenile justice or penal correction law.

II.2. The concept of "fundamental rights"

Art. 10.2, in order to determine the circle of rights affected by the interpretation construed in accordance to international treaties, refers literally to "fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution".

This has raised a controversy in Spain about what should be considered 'fundamental rights and freedoms'. Indeed, the Constitution's Title I is under the heading "Basic rights and duties" (Articles 11-55). Title I is divided into three chapters: the first one is entitled "Spaniards and aliens" (Articles 11-13). The second, "Rights and Freedoms" (Articles 14-38). The third, "Guiding principles for social and economic policy" (Articles

39-55). In Chapter II, in turn, there are two sections. The first is entitled "Fundamental rights and freedoms" and comprises Articles 15-29; the second, "Rights and Duties of Citizens" and comprises articles 30-38. This raises the question whether the fundamental rights and public freedoms referred to in art. 10.2 CE are only those of Section 1, Chapter II, Title I, entitled "Fundamental rights and freedoms", or whether a less literal interpretation (that includes Chapter II entirely or Chapters II and III) is in order.

Let us consider the position of the Constitutional Court in this regard. Its jurisprudence seems to suggest that it considers 'fundamental rights' those included in Chapter II of Title I. Indeed, it is clear that rights protected by the amparo before the Constitutional Court, i.e., the right to equality (art. 14 CE) and Section 1, Chapter II, Title I rights, entitled 'Basic Rights, Public Liberties', and articles 15 to 29, are included. In addition, the Court has explicitly established the applicability of art. 10.2 to the rights recognized in articles 30-38 CE (i.e., Chapter II of Title I. In this sense, for example, the STC 36/1991, LG 5, says that "[the Constitution] does not give constitutional status to international rights and freedoms that are not also included in our own Constitution, but requires the interpretation of our constitutional provisions in accordance with the content of such Treaties or Conventions [...]". (STC 199/1996, LG 3).

It should be noted that the Court is emphatic in that fundamental rights are only those defined as such in the Constitution, so that if you invoke a right contained only in an international treaty, the action will not succeed. However, an attempt at protecting rights or defending juridical positions explicitly included in an international treaty (though absent from the Constitution) is possible by bringing them in line with a fundamental right that is included in the Constitution. In this respect, Sáiz Arnáiz has suggested that the right to appeal of any person convicted of a criminal act, included in art 14.5 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (hereinafter ICCPR) has been recognized by the Constitutional Court by linking it to either the right to effective judicial protection (art.

24.1 CE) or to the right to a procedure that meets all the standards of the rule of law (art. 24.2 CE).

II.3. Treaties and international agreements on fundamental rights

As we have seen, the Constitution recognizes the interpretative value of treaties “on the same matters”. However, how is this expression supposed to be interpreted? Is it to be understood in a formal sense, inclusive only of treaties *stricto sensu*, that, moreover, by their title and purpose are clearly intended to regulate fundamental rights? Or are we supposed to understand it in a material sense, including any rule of international law that has any reference to fundamental rights?

The Spanish Constitutional Court has opted for a ‘material’ orientation. Thus, for example, in its resolutions, it has used not only Conventions by the UN (such as the Convention against torture -STC 120/1990, LG 9- or on the elimination of discrimination against women -STC 12 / 2008 - or on the rights of the child -STC 36/1991, LG6-) but also it has referred to Resolutions adopted by the General Assembly, which, in principle, have no binding force, but rather have a limited value: STC 36/1991, LG 5 and STC 215/1994, LG 2. Similarly, within the Council of Europe, a distinction must be made between Conventions (which States ratify, such as the ECHR), Resolutions and Recommendations. The Council of Europe’s legislation has had considerable significance in some cases, such as the integration of art. 18. 4, a) from the *Convention for the Protection of Individuals With Regard to Automatic Processing of Personal Data* (STC 254/1993) or the configuration of the right to conscientious objection (Constitutional Court rulings -hereinafter SSTC- 15/1982, LG 6 and 7, 160/1987, LG 5, and 161/1987, LG 5).

Moreover, and not least, it must be considered that the Spanish Constitutional Court has employed primary and secondary Union law in the interpretation of rights.

The Spanish Constitutional Court's anti-formalism has led it to apply international treaties before they had been ratified by Spain. In this regard, the reference to the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* before it was binding should be recalled at this point: STC 292/2000, LG 8, and 138/2005, LG 4).

In some cases, the Spanish Constitutional Court, on the grounds that fundamental rights are basic fundamental decisions that have to inform the entire judicial order, has interpreted a basic right in the light of a treaty, considering a reservation formulated by the State as not having been made: STC 21/1981, LG 10 and 44/1983, LG 1.

Obviously, under art. 10.2 CE, the fundamental rights of the Spanish Constitution have been interpreted in accordance with the *Universal Declaration of Human Rights* (hereinafter UDHR) and with the international agreements to which Spain is a party. Sáiz Arnaiz points at the UDHR, the ICCPR (the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), the ECHR and EU law, as the main sources of international legislation used by the Spanish Constitutional Court and stresses that the most frequently cited international text is the ECHR. In the period 1999-2004, 75% of the Constitutional Court's rulings on amparo appeals contained references to the ECHR. Surely, the prestige of the ECtHR is a reason for this, but what technically justifies the significant presence of the jurisprudence of the ECHR in the Spanish Constitutional Court's rulings is not just the fact that the Spanish Constitution refers to the European Convention of Human Rights, but also the reference of the European Convention on Human Rights to the European Court of Human Rights regarding its application and interpretation (art. 32.1 ECHR).

This does not mean that there is no discrepancy between these two Courts. Whenever the ECtHR condemns Spain, it is often against the Spanish Constitutional Court's criterion, which would normally be involved in the matter, since all judicial remedies in Spain must first have been exhausted in order to be able to appeal to the ECtHR. Moreover, the Constitutional Court does not consider itself a mere executor of the

ECtHR's criteria, as explicitly stated in STC 245/1991, LG 2: "From the perspective of international law and its binding force (Article 96 CE), the Convention neither introduced in the domestic legal order a higher supranational instance, in the technical sense, that reviews or directly controls the internal judicial or administrative decisions, nor does it impose on Member States specific procedural measures of annulling or rescissory character, to ensure repair of the violation of the Convention found by the ECtHR (or, where applicable, by the Committee of Ministers of the Council of Europe, in accordance with art. 32 of the Convention). The Convention does not oblige Member States to eliminate the consequences of the act that has been found contrary to international legal obligations assumed by the State, restoring, as far as possible, the situation prior to the act; on the contrary, art. 50 allows for a replacement of the restoration (that would question the final and executive character of the internal judicial decision) by a just satisfaction [...]". The interpretation of ECtHR doctrine is a matter for the Constitutional Court, as stated in STC 119/2001, LG 6, regarding the case of López Ostra.

The Constitutional Court does not consider the judgment of the Committee of Ministers of the Council of Europe relevant, from the perspective of Article 10.2 CE, on the grounds of the diplomatic, non-jurisdictional, nature of that body: STC 114/1984, LG 3.

On the contrary, the Spanish Constitutional Court (hereinafter TCe) does take into account decisions by the *European Commission on Human Rights* (which was suppressed by Protocol XI, which entered into force in 1998), in some cases giving them large effect on the outcome of the case. For example, STC 2/1987, LG 2-4), but overall it used to do it in the absence of a ECtHR ruling: STC 53/1985, LG 11.

Undoubtedly, the TCe, from its earliest rulings, has taken the jurisprudence of the ECtHR into consideration as a highly relevant one, under the provisions of art. 10.2 CE (STC 22/1981, LG 3), without acknowledging the need for additional theoretical justifications. Actually, Strasbourg jurisprudence is so important for the TCe that sometimes the

Court notes its inexistence on a particular issue, thus making quite clear its decisive value (STC 53/1985, LG 6).

The primary law of the European Union is not oriented, in its origins, to the recognition and guarantee of fundamental rights, and secondary law is not agreed on. Therefore, fundamental rights could only be interpreted in primary and secondary law through a broad interpretation of art. 10.2 CE. Indeed, the TCe started doing so purely for dialectical purposes, as in STC 132/1989, LG 12. However, from 1991, Union Law is recognized as interpretative criteria of fundamental rights, under art. 10.2 CE, as in SSTC 28/1991, LG 5 and 64/1991, LG 4: "Community law, whose rules, besides specific means of enforcement [...] could come to have, where appropriate, the interpretative value assigned to International Treaties, under art. 10.2 CE."

As with the law of the Convention, the TCe recognizes this interpretative value to the Union law, accepting the interpretation provided by the ECJ. For example, EU law and its interpretation by the ECJ have been instrumental for the configuration of sex discrimination, prohibited by art. 14 CE. Reference should be made in this matter to the Constitutional Court's Opinion 1/2004, LG 6. The Spanish Constitution provides that the Government may request an opinion from the TCe on the compatibility with the Constitution of an International Treaty prior to ratification. During the term of the present Constitution of 1978, the Government has availed itself of this possibility only twice: First, to inquire about the constitutionality of certain aspects of the Maastricht Treaty. At that time, we had to proceed to a small amendment to the Constitution, prior to the ratification of said treaty, to dispel the contradiction that the Constitutional Court had found. The second time the Government consulted the Constitutional Court was on the constitutionality of the Treaty establishing a Constitution for Europe. The Court, on this occasion, did not identify any unconstitutional issues. Although the aforementioned Treaty has not come into force by reason of the refusal of other countries, the doctrine of the Constitutional Court's opinion is fully valid and very

valuable to understand the Court's position on the relationship between EU law and Rights of domestic origin and more specifically the value of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and even of the jurisprudence of the Strasbourg Court. On this occasion, the TCe was consulted if there was a contradiction between the Spanish Constitution and Articles II-111 (scope of the Charter) and II-112 (criteria for its interpretation). The TCe replied stating the interpretative value of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and added that this should not pose any particular problems, since Article II-112 assumed the validity of the ECHR and of the Strasbourg jurisprudence. The validity of the *European Convention on Human Rights* had been affirmed by the Court, because nothing could prevent that “as a convention ratified by Spain, through the procedure established in art. 93 CE, its interpretative effectiveness about the rights and freedoms proclaimed in the Constitution would reach as far as provided for in art. 10.2 CE”.

As regards the Strasbourg jurisprudence, the opinion reads as follows: “The interpretative value that the Charter on Fundamental Rights would have in our legal system, within this scope, would not cause greater difficulties than those which currently exist as a result of the Rome Convention of 1950, simply because both our own constitutional doctrine (on the basis of art. 10.2 CE) and article II-112 (as shown in the ‘explanations’ that, as an interpretation, are incorporated into the Treaty by paragraph 7 of the same article) operate with a set of references to the European Convention that eventually turn the jurisprudence of the Strasbourg Court into the common denominator for the establishment of a minimum set of shared interpretative elements [...]”.

This reduction of the complexity inherent to the concurrency of criteria for interpretation says nothing new on the subject of the value that the jurisprudence of the EU Courts should have for the definition of each right. In other words, it means no qualitative change to the relevance of that doctrine in the final configuration of fundamental rights by the Spanish Constitutional Court. It simply means that the Treaty appropriates

the jurisprudence of a court, doctrine of which is already built into our legislation by virtue of art. 10.2 CE, so that no new or more substantial difficulties are to be expected in the orderly articulation of our system of rights. And those that are, as stated above, can only be apprehended and solved on the occasion of the constitutional processes that we may come across". (DTC 1/2004, LG 6).

II.4. Binding nature of the requirement in art. 10.2 CE and its guarantee

Art. 10.2 CE is not confined solely to allow recourse to international treaties in order to interpret fundamental rights, but also obliges to do so. It is not directed only to the Constitutional Court, but to all legal operators and it does not only refer to the constitutional rules, but to all the rules governing fundamental rights. Let us consider these three characteristics of the content of Article 10.2 CE.

As for references to the mandatory character of the content of art. 10.2 CE in the constitutional doctrine, just toned down claims are to be found. In this regard, the STC 36/1984, LG 3, suggests that article 10.2 CE "authorizes and even recommends" to refer to the treaties. However, what these statements mean is that the interpretative value cannot turn these treaties into an autonomous source of Constitutional Law and that art. 10.2 is not a norm violation of which can be remedied by an appeal before the Constitutional Court. Let me stress this point: the treaties cannot add fundamental rights to those already guaranteed by the Constitution. If we consider that a provision of an international treaty on fundamental rights has been violated and we want to remedy the harm done, we will have to justify the simultaneous infringement of a fundamental right in the Constitution.

Secondly, we said that the mandatory character of art. 10.2 CE is addressed to all public authorities and particularly to the legislator. This was stated by the TCe in its STC 236/2007, LG 5: "Like any other public authority, the legislator too is required to interpret the relevant constitutional provisions in accordance with the content of such treaties or

conventions, which thus become ‘constitutionally declared content’ of the rights and freedoms set forth in chapter two of title I of our Constitution”. Indeed, it is a common thing that the Explanatory Memorandum of Bills on fundamental rights invokes international law: Organic laws 7/1988, 2/2002, 13/2003 and 6/2007 are examples of this.

Thirdly, the treaty compliant interpretation not only concerns the rules contained in the Constitution, but all norms relating to fundamental rights and public freedoms that are set forth in the constitution. The TCe reminded this in STC 78/1982, LG 4.

II.5. Negative or positive link of interpretation and the international text

In an attempt to be more precise, one is right in questioning, as the legal doctrine did, if the interpreter of the fundamental right can afford all those interpretations that do not contradict the international treaty (i.e., if it is negatively linked by the latter), or, on the contrary, if he or she should only produce interpretations implementing the provisions of the treaty, that is, interpretations that derive from it (positive relationship). Some statements in the doctrine of the Constitutional Court which would suggest a positive link can also be found. Indeed, STC 236/2007, LG 5, said that the content of the agreements to which we have been referring becomes, under art. 10.2 CE, “the constitutionally declared content of the rights and freedoms set forth in chapter two of title I of our Constitution”; but it seems that the connection, unless from the nature of the regulated domain requires otherwise, will be a negative one. This follows from some statements by the TCe, such as STC 113/1995, LG 7, which says that the rights “should not be interpreted in conflict” with the ECHR.

On the other hand, as for the ECtHR, let us remember that it has stated that it cannot be used to reduce or lower the level of the rights recognized in the various States: Art. 53 ECHR.

II.6. The rules of international law as *ratio decidendi* of the judgments of the TCe

It may well be asked whether our Constitutional Court, when it invokes international treaties on fundamental rights and in particular the ECHR -or the jurisprudence of the ECtHR- does so as a supplementary argument or if such an reference is integrated into the *ratio decidendi* of the case. The answer is that examples of both types can be found.

Undoubtedly, there are cases in which the ECtHR jurisprudence is *ratio decidendi*: among others, in the SSTC 51/1982, 37/1988 and 70/2002 the TCe has recognized every criminally convicted individual the right to appeal to a higher court, on the grounds of both art. 14.5 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* and art. 2 ECHR Protocol, though rerouting them through the right to effective judicial protection or the right to the due process of law. The STC 254/1993 recognized the right of *habeas data* after the *Council of Europe Convention for the Protection of Individuals* with regard to automatic processing of personal data by linking it to art. 18.4 CE. The STC 5/1984 recognized the right to an interpreter for every accused person who does not understand the language used in court, after articles 14.3 f) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* and 6.3.e) of the ECHR, rerouting it to art. 24.2 CE.

Therefore, we must conclude that the Constitutional Court has used the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights as *ratio decidendi*. The jurisprudence of the ECJ has been used regarding the prohibition of discrimination on grounds of sex, which is set out in art.14 of the Spanish Constitution. Many rights included in Chapter II of Title I of the Spanish Constitution, and specifically in the first section, have been interpreted in accordance with the jurisprudence of the ECtHR. The following is a non-exhaustive list:

On the one hand, conceptual categories created or assumed by the ECHR have been incorporated by the Constitutional Court. In this regard, we note that, in deciding whether there has been undue delay or not (forbidden under art. 24.2 CE), the TCe has decided to use the same "test" used by the ECtHR to decide whether the right to a 'process within a reasonable period' under art. 6.1 ECHR (e.g. STC 223/1988) has been violated. Another example is provided by the use of the ECtHR interpretation of art. 3 of the ECHR to prohibit inhuman or degrading treatment and tell it apart from torture, when interpreting art. 15 of the Spanish Constitution, as in STC 120/1990, LG 9. ECHR criteria are also used to realize the fundamental right to fair trial (STC 69/2001, FF JJ 14-22) or the right to legal assistance free of charge (STC 37/1988, LG 6).

In other cases, we have to acknowledge the incorporation of new content. For example, the STC 49/1999 incorporates certain aspects of the jurisprudence of the ECtHR to the content of the right to privacy of communications. The STC167/2002 -requiring a review of the standard of proof in criminal appeal through immediacy and contradiction- perfects the due process of law as established in the jurisprudence of the ECtHR. Moreover, at this point, the STC 167/2002 opens up a whole new line of case law that carefully monitors the evolution of the ECtHR's case law in this regard. The STC 119/2001 initiates protection against noise following on the jurisprudence of the ECtHR, reshaping it to the right to personal integrity and privacy of home and family life. Finally, the STC/2003 acknowledges the principle *non bis in idem*, which our constituents did not explicitly consider subject to amparo appeal before the Constitutional Court.

II.7. Effectiveness of the rulings of the European Court of Human Rights in Spain

7.1. On the question of the execution of the ECHR rulings in domestic law, there have been two recent developments: on the one hand, a Supreme Court ruling holding that an appeal for annulment is suitable for the

enforcement of a judgment of the ECtHR. On the other hand, the proposed reform of the Organic Law of the Judiciary, which is suggesting the revision of the final judgment.³¹⁵

7.2. The jurisprudence of the last two decades indicated that ECtHR's rulings did not have an annulling effect in Spain, that is, do not deprive the domestic act causing the violation of the Convention of its own validity, and that those sentences are declarative in nature, lacking the executive effectiveness of a genuine sentence.

The amparo resolved by STC 245/1991, of December 16, on the Bultó case, began the debate about the effectiveness of the ECHR judgments. According to our Court, the European Convention neither obliges Spain to recognize in our legal system, the direct enforceability of decisions of the ECtHR, nor to introduce legal reforms to allow judicial review of final judgments as a result of the declaration, by the ECtHR, of a violation of a right guaranteed by the ECHR; however, this does not mean, in terms of our constitutional system of fundamental rights protection, that public authorities are to remain indifferent to the statement of violation of the rights recognized in the Convention (STC 245/1991 of

³¹⁵ On the influence of the latter on the execution of ECtHR's rulings, see the excellent contribution by De Miguel Canuto, E. 2013. "Eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Quincena Fiscal*, p. 1 and ff. See also Díez-Picazo, L. M. 2005. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madrid: Civitas; García de Enterría, E., Linde Paniagua, E., Ortega Álvarez, L., Sánchez Morón, M. 1983. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed., Madrid: Civitas; García Jiménez, M.E. 1988. *El Convenio de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Valencia: University of Valencia; García Roca, F. J. and Santaolaya Machetti, P., (coord.) 2005. *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Martín Retortillo Baquer, L. 1998. *La Europa de los Derechos*, Madrid: Marcial Pons; Martín Retortillo Baquer, L. 2006. *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Madrid: Dykinson; Ripol Carulla, S. 2007. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona: Atelier; Ruiz Miguel, C. 1997. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio de la relación entre el derecho nacional e internacional*, Madrid: Tecnos; Salinas Alcega, S. 2009. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, Iustel; Shelton, D. 2005. *Remedies in International Human Right Law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.

December 16, on the Bultó case , LG 2). In this case, the Constitutional Court argues the permanence or timeliness of the fundamental right infringement and upheld the appeal. Pursuant to this legal theory, a negative position with regard to ECtHR's judgments against the defendant has been gradually taking root. However, periodically, both the legislator and the courts, including the Constitutional Court, are considering how to resolve this contradiction, this shortcoming. What procedure should be followed to enforce the annulment, when appropriate, however exceptional these cases may be? The motion for execution,³¹⁶ the extraordinary appeal for review³¹⁷, the motion to void proceedings,³¹⁸ and the amparo itself³¹⁹ have all been attempted but all of them have failed.

However, Recommendation (2000) 2 of the Committee of Ministers on January 19, 2009, requested of the signatory states of the Convention legislative measures which would permit and regulate formulas for the reopening of domestic proceedings in cases of judgment against a defendant, especially when they are the only way to alter the negative consequences for the injured party resulting from the internal decision.

³¹⁶ The problems encountered in the motion for execution this attempt may be found in the case Fuentes Bobo, refused when decided upon (STC 197/2006, July 3, on a termination of employment procedure).

³¹⁷ Exponent of this attempt is the Castillo Algar case, resolved by ATC 96/2001, of April 24, which did not work out either.

³¹⁸ Amparo 114/2003, promoted by Juan Alberto Perote Pellón against the Supreme Court ruling that denied the annulment of acts of a court martial, because he had been convicted of a crime of disclosure of information relating to the national security and defense. The declaration of invalidity was based on the alleged infringement of the rights to fair trial and effective remedy. The issue at stake was the impartiality of the Court resolving a motion for dismissal of actions, denied in a criminal case, after Judgment of the European Court of Human Rights for lack of injury or actual breach. The Constitutional Court upheld the judgment of the Supreme Court and denied the amparo.

³¹⁹ This attempt was also unsuccessful: see the Fuente Ariza case, decided by ATC 119/2010, of October 4.

In this context,³²⁰ the thesis of the Administrative Bench of the Supreme Court (hereinafter TS)³²¹ has joined the debate: under current regulation, the motion to void proceedings –established by Organic Law 6/2007³²²- makes it a suitable to fit the claim for reconsideration of actions when this is necessary to carry out the enforcement of a judgment by the ECHR, according to a recently published resolution. The aforementioned Supreme Court ruling of May 13, 2013 resolves a motion for dismissal of proceedings in which the appellant seeks the annulment of the judgment of the Supreme Court, taking back actions to the time of sentencing, based on a ruling by the ECtHR for violation of the right to a court. The Supreme Court summarizes the doctrine of the Constitutional Court and argues that the policy change³²³ experienced in regulating the

³²⁰ In the doctrine, the delivery of this power to the Constitutional Court has been suggested, interpreting, in a very broad way, one of the reasons that, according to STC 155/2009, provides an appeal with 'special constitutional significance' (one which provides the same constitutional Court with the opportunity to clarify or change its doctrine, as a result [...] of a change in the doctrine of legal guarantee bodies, responsible for the interpretation of treaties and international agreements referred to in art. 10.2 CE, so that it not only includes rulings decided after the change of doctrine by the ECHR, but also the resolution itself that has led to declare infringement of the right by the Spanish State. This will configure the constitutional protection as a procedural mechanism through which to proceed to the reopening of domestic proceedings following a violation found by the ECtHR. This solution is inspired in STC 245/1991, of December 16, in the Barberá, Messeguer and Jabardo (Bultó) case, a view that has been gradually abandoned by the Court, though it has never been expressly rejected. See García Couso, S. 2010. "El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la L.O. 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la jurisdicción ordinaria y el TEDH". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15, p. 161 & ff.

³²¹ Supreme Court ruling of May 13, 2013, appeal no. 4386/1998, Oro-Pulido López speaker. An analysis of this ruling and of its consequences is included in Miguel Canuto, E. 2013, p. 9 to 14.

³²² The key is in the grounds for revocation. Faced with the previous regulation where the motives were based on formal grounds resulting in the absence of legal uncertainty and inconsistency of the correct form of helplessness, and, finally, inconsistency of a court decision, the L.O. 6/2007 expands the reasons to "any violation of a fundamental right under Article 53.2 of the constitution."

³²³ As noted by the Court's ruling regarding the unfeasibility of the motion for dismissal of actions to channel a claim of this kind, the ruling itself -Third Chamber of the Supreme Court of April 27, 2005, appeal no. 2419/1997- reads: "but -and this is important- in relation to the former wording of Article 240 of the Organic Law of the Judiciary [...]".

motion for dismissal of actions by the LO 6/2007 makes the Constitutional Court competent to enforce an ECtHR judgment.³²⁴

How do we view this initiative of the Supreme Court?

1) To make ECtHR rulings prevail over final Spanish judgments is a matter for the legislator, not for an extreme or exaggerated interpretation of a law that has not been promulgated for that purpose.³²⁵

2) Within the context of the doctrine introduced by the Administrative Bench of the TS, the current or subsisting character of the violation of the fundamental right turns out to be a key issue.³²⁶ However, from the examination of the Constitutional Court's jurisprudence on this point,³²⁷ in order to assess the extent

³²⁴ For the Supreme Court, in the legislation now in force, we find that Article 241 of the LOPJ states that the motion for dismissal of actions "founded on any breach of a fundamental right referred to in Article 53.2 of the Constitution" may be admissible and this new legal characterization of the incident, given the breadth of the reference containing the violation of fundamental rights, opens the door to the possibility of including in it, as grounds for invalidity, breaches of such rights as detected and declared by a Judgment of the European Court of Human rights (LG 3).

³²⁵ The Supreme Court is aware of this, because it says it takes that stand "while waiting for the legislator to address this issue once and for all, through a reform of procedural laws".

³²⁶ The Supreme Court believes to have found a legal way to implement the judgments of the ECtHR (although limited to the rights that are both in the ECHR and also in art. 53.2 of the CE). However, it adds a condition derived from the constitutional doctrine: the intended annulling effect with respect to a previous ruling by a domestic court, specifically by the Supreme Court, can only be obtained if the impairment of the right or the actuality of the breach persists and continues demanding reparations (LG 3 in fine, of the STC 197/2006). The Supreme Court further explains that: "Moreover, this nuance or exception to the general rule, expressly qualified by the TC itself in its recent resolutions as 'most exceptional', has only been applied on matters of criminal nature, although we can not rule out the possibility of extending such casuistry to other fundamental rights' violations appreciated and declared by the ECtHR, not strictly related to criminal matters, as long as they are violations of rights that may be considered current or persistent compensation of which necessarily requires a procedural action in the form of taking the proceedings back to the time when the violation was committed."

³²⁷ Undoubtedly, the starting point is the doctrine developed in STC 245/1991, of December 16, Bultó case. "[...] The problem then is not the lack of enforceability of that judgment (the ECHR's) but [that] once verified the actual infringement of Art. 24.2 CE (which implies the simultaneous

of the above-mentioned doctrine of our Supreme Court, we conclude that this concept is difficult to pin down.

3) Obviously, the Draft for the reform of the Organic Law of the Judicial Branch (LOPJ) we have discussed above renders the Supreme Court's interpretation meaningless.³²⁸ Indeed, the

violation of Art. 17.1 CE), it is up to this Court, to the extent that the actors have not received adequate compensation for the infringement of that right, to declare the alleged infringement of the right to due process, and correct and repair the violation of fundamental rights, taking into account the characteristics of the sentence" (LG 5).

In the ATC 96/2001, of April 24, Castillo Algar case, that equitable satisfaction is enough to consider the breach repaired and therefore ineffectual.

In the STC 197/2006, of 3 July, Fuentes Bobo case concerning a process for dismissal, it was understood that there remained no injury, which, besides the just satisfaction, supposed the full repair of the said injury: "That claim cannot be accepted, since, on one hand, the breach of the fundamental right to freedom of expression of the appellant, when he was dismissed from his post in TVE (Spanish public television) effective April 15, 1994, no longer exists at present (unlike what we have seen when it came to custodial sentences still being served), [...] and, on the other, because, in any case, the damage was no longer present, given that it was the European Court of Human Rights in its judgment of February 29, 2000, ... that, having declared the violation of freedom of expression, had awarded compensation to the plaintiff because of economic and moral damage caused by the dismissal [...]" (LG 4, IV).

However, the absence of subsistence of the injury is not an issue without controversy, but thoroughly discussed in a separate opinion of Judge Pérez Tremps, revealing it is a difficult notion to grasp.

In the ATC 129/2008, of May 26, Puig Panella case, it is considered that the injury is not present but past because equitable compensation involves repair. This is in harmony with the solution given to the Castillo Algar case.

In the STC 119/2010, of October 4, Case Source Ariza, actuality of the injury is refused, because the ECtHR had already rejected the baseless grounds he now seeks to assert in this (his second) amparo appeal. What the ECtHR had declared contrary to the Convention was the rejection of the first amparo.

³²⁸ The explanation given by the Explanatory Memorandum to the Proposal for a reform of the Judiciary Act is relevant in this respect: "beginning with the judicial power itself, the only new relief is given by the expectation that the judgments of the European Court of Human Rights declare the impairment of a right shall be grounds for review of the judgment handed down in the process a quo. This will, in line with what other European countries do, strengthen the influence of the institution that is entrusted with the creation of a *ius commune* of human rights at a continental level and -what is even more important- to provide satisfactory remedies to people whose rights the ECtHR has declared violated, but cannot see them re-established to the previous juridical situation. Note too that it takes a much needed precaution: the review is open

aforementioned reform draft of the LOPJ proposes the appeal as a way to implement the ECtHR judgments; on the other hand, a return to pre-2007 wording regarding the nullity suit; the approval of this proposal, for both reasons, would put an end to the practical relevance of the doctrine of the Supreme Court on the motion for dismissal of actions as a way of enforcement of ECtHR's judgments.

4) The Proposed Reform of the Judicial Power includes the following provision: "1. The provisions of the preceding Articles shall not preclude recognition of the jurisdiction of those supranational and international courts established by international treaties to which Spain is a party. 2. In particular, the judgments of the European Court of Human Rights, in cases in which Spain has been the defendant and the violation of a right has been declared, will be ground for review of the final judgment of the Spanish Court in its *a quo* process, at the request of those who would have been the claimants before that particular Court" (Article 5).

The following comment may be made, at this point: The upholding of the appeal will bring the annulment of the judgment under review. But it is unclear whether the following confirmatory judgment of the domestic Court may be object of further review. However, this proposed rule, part of the new LOPJ, does not affect the Constitutional Court, which is not integrated into the judiciary, and whose rulings are not subject to review. When the Constitutional Court is the author of the violation, the problem remains unsolved. The solution to this problem would require the reform of the Organic Law of the Constitutional Court (LOTCC). Moreover, the Constitutional Court will normally either have caused or, at least, confirmed the violation, so that the Court in charge of enforcing the sentence of the ECtHR will somehow make the latter's interpretation prevail over that of the Constitutional Court, unless we

only to the final judgment in the case which was then considered by the Strasbourg Court, however similar the case would be. In other words, the review of final judgments for real or alleged infringement of the jurisprudence of the ECtHR is not allowed".

admit that the resulting ruling of the domestic court is in turn subject to appeal before the Constitutional Court.

III. Relationship between domestic law and EU law. Relationship between Spanish Constitution and Court of Justice of European Union.

III.1. Devolution in the Spanish Constitution.

1. The foundation of Spain's integration in Europe is in the clause of Article 93 EC, designed for this purpose, but that does not make reference either to the European Communities, (to which it would have had to refer, considering the year in which it was passed), or the European Union.

2. Article 93 of the Spanish Constitution³²⁹, similar to other provisions of other European Constitutions³³⁰ (in particular Article 23 of the Basic Law, in its previous version to that introduced after German unification) allows to attribute the exercise of constitutional powers, i.e. powers of sovereignty, to a supranational organization.

In this manner, Article 93 of the Spanish Constitution provides a secure channel for the conclusion of the treaty of accession to the European Communities, against the provisions of Article 95.1, which states

³²⁹ Article 93:

“By means of an organic law, authorisation may be granted for concluding treaties by which powers derived from the Constitution shall be vested in an international organisation or institution. It is incumbent on the Cortes Generales or the Government, as the case may be, to guarantee compliance with these treaties and with the resolutions emanating from the international and supranational organisations in which the powers have been vested.”

³³⁰ The Constitutions approved before the creation of the Communities were not prepared for his coming. The text better equipped was that of the Basic Law (art. 24.1). Italy had to refer to Article 11, second paragraph, of the Constitution of 1947, and France, to paragraph 14. ° of the Preamble to the 1946 (reiterated in the 1958 Constitution, paragraph 13. °). Holland took the constitutional reform of 1953 to stock (art. 67), and so did Luxembourg in 1956 (art. 49 bis). In Belgium, the adaptation of the constitution was later (1970, art. 25a).

that "the conclusion of an international treaty containing stipulations contrary to the Constitution shall require prior constitutional amendment"³³¹.

3. To clarify the meaning of Article 93, the following should be noted³³².

First, the recipient of the powers exercise of which is transferred by a treaty must be in any case an organization or international institution; never other states or other international subjects.

Second, what is conferred by the treaty are the powers derived from the Constitution. This means, first, that what is transferred is the exercise³³³, not the ownership of powers³³⁴. Secondly, still within this section, it should be noted that in attributing powers derived, i.e. who have their origin in the Constitution, the transfer can only take place within the limits established by the Constitution. Furthermore, the openness of the text, in the sense that there is no limitation on the basis of matter in transferable powers,³³⁵ should be noted. The openness of the text also

³³¹ This reference of Article 93 CE to the treaties appeared from the first stage of the constitutional process, specifically in Article 6.3 of the draft January 5, 1978. And it was easy processing. No one but three members of the conservative parliamentary group Alianza Popular, personally and without much prodding, requested the deletion of this provision. Their amendments were rejected and then were not defended. In short, throughout the process the suggestions of the various parliamentary groups simply led to redrafting and relocation, there was not a serious and deep discussion about the important means of integration that they were approving.

³³² Remiro Brotons, A., "Comentario a los artículos 93 y 94 de la Constitución: tratados internacionales", en, Alzaga Villamil, Ó., *Comentarios a la Constitución española*. Tomo VII, 1998. V/Lex: VLEX-341854. <http://www.vlex.com/vid/341854>. Bajado el 27 de diciembre de 2012.

³³³ See also Pérez Tremps, P., "Constitución Española y Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, páginas 103 y siguientes.

³³⁴ The Federation processes, the merger or takeover of the state in new international bodies are not considered.

³³⁵ There is no enumeration of topics suitable for the transfer. There are no exceptions, as could be, for example, defense issues.

implies that the transfer may include powers of local authorities of the State.

Third, it should be noted that we are within Article 93 only when the legal acts of the organs of the international organization are capable of producing direct and immediate effects on the domestic field³³⁶.

Fourth, the organization to which the exercise of powers is transferred must make use of the powers transferred consistently with the Spanish Constitution. It is completely excluded that their bodies are empowered to amend the Constitution as this is its frame.

3. Our Constitutional Court, in its Declaration 1/1004, of 13 December³³⁷, held that Article 93 of the CE, despite its generic nature, is sufficient constitutional basis for the European integration process³³⁸.

³³⁶ So, for example, the North Atlantic Treaty itself, does not fit within Article 93.

³³⁷ Statement of the Plenum of the Constitutional Court 1/2004, of December 13, 2004. Requirement 6603-2004. The question of constitutionality raised by the Government concerned three precepts of the Treaty establishing a Constitution for Europe, signed in Rome on October 29, 2004, Articles I-6, II-111 and II-112. In addition the Government required the Court to rule on the sufficiency of Art. 93 CE to make way for the integration of the Treaty into domestic or, as appropriate, on relevant constitutional review process to adapt the Constitution to Treaty prior to integration. The request was made by the Government based on Article 95 SC, which states: "Article 95: 1. The conclusion of an international treaty containing stipulations contrary to the Constitution shall require prior constitutional amendment. 2. The Government or either House may request the Constitutional Court to declare whether or not such a contradiction exists." The opinions expressed by the Constitutional Court in the exercise of that power are fully binding.

³³⁸ FJ 2 : "El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias.

De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar.

Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución

4. But neither Article 93 of the Spanish Constitution nor any other provisions of the same specify which skills can be attributed. They do not formulate any limits in this regard.

Moreover, Article 93³³⁹ of the Spanish Constitution does not allow the transfer of the exercise of power without limit. There are limits derived from the Constitution.

From the formal point of view, the same Article 93 of the Constitution provides one that is particularly rigid: authorization by organic law. This implies that an absolute majority of the Spanish Parliament is needed³⁴⁰.

exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.”

Translation: “LC 2: “Art. 93 CE is certainly basic constitutional support for the integration of other systems similar to ours, through the transfer of powers derived from the Constitution, systems, while originally autonomous, called to coexist with domestic law. In metaphorical terms, it would be arguably art. 93 CE that operates as a hinge by which the Constitution itself gives entry into our constitutional system to other legal rules through the transfer of the exercise of powers.

Thus it gives the art. 93 CE a substantive or material dimension that cannot be ignored.

Once produced the integration it should be emphasized that the Constitution is no longer the foundation of validity of EU rules, but the Treaty itself whose celebration implements the operation of transfer of sovereign powers derived from it, even though the Constitution requires that the legal system accepted as result of the assignment is consistent with their principles and core values.””

³³⁹ In the explanation of Article 93 CE as a parameter of European integration, I follow, with some difference, the analysis of Tremps Perez, P.

“Artículo 93 CE. La integración en la Unión Europea”, in M. E. Casas and M. Rodríguez-Piñero (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pages 1562 and following; we follow also, from the same author, *Derecho constitucional*, Volumen I, 8ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, pp. 95 y ss.; see also Amores Conradi, M., “Artículo 93 CE. Otras organizaciones o instituciones internacionales”, in M. E. Casas and M. Rodríguez-Piñero (dirs.), *Comentarios a la constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pages 1576 and following.

³⁴⁰ “Article 81 SC: 1. Organic acts are those relating to the implementation of fundamental rights and public liberties, those approving the Statutes of Autonomy and the general electoral system and other laws provided for in the Constitution.

2. The approval, amendment or repeal of organic acts shall require the overall majority of the Members of Congress in a final vote on the bill as a whole.”

There are also material limits to the transfer of the exercise of powers. The Spanish Constitutional Court has insisted that Treaties are subject to the Constitution and cannot assume an implied amendment of this.

However, it is difficult to specify material limits.

Indeed, in the first place, Treaties that openly contradict the Constitution cannot be authorized, for the latter is the supreme law.³⁴¹

But there are also, in the Spanish Constitutional Court criterion, implicit limits. In this sense, in the Declaration 1/2004 about the European Constitution, our Court said that "the operation of transfer of the exercise of powers to the European Union [...] imposes unavoidable limits to the sovereign powers of the state, acceptable only if European law is compatible with the fundamental principles of social and democratic state of law established by the national constitution. Therefore the constitutional assignment that is allowed by Article 93 of the Constitution, has in turn material limits that preclude the assignment itself. These material limits, not expressly included in the constitutional provision, but implicitly derived from the Constitution and the essential meaning of the provision, must be translated into a respect for state sovereignty, for our basic constitutional structures and for the system of values and principles enshrined in our Constitution, in which fundamental rights acquire their own substantive nature (article 10.1 CE)."

This means that the Spanish Constitutional Court reserves for itself the power to judge the possible contradictions between EU law and the Constitution, in a similar way to other European constitutional courts and in particular to the German Federal Constitutional Court until the Lisbon Judgment.

³⁴¹ Consequently, if there is a contradiction between a Treaty and the Constitution, it is not possible to ratify the Treaty without prior amendment of the Constitution. For example, in 1992, when the Declaration of the Constitutional Court 1/1992 detected a contradiction between the European Union Treaty and Article 13, paragraph 2 of the Spanish Constitution, it was necessary to amend that provision to allow European citizens to be candidates in local elections.

But this competence of the Constitutional Court shall be exercised in an extraordinary and exceptional way, in extreme cases of opposition of EU law with the basic constitutional structures.

III.2. Modulation of the contents of the Constitution by the Union law.

On the occasion of the ratification of the Maastricht Treaty, the Government consulted the Constitutional Court if it was necessary to implement certain changes to the Constitution. And as a result, there was one of two constitutional amendments of the current Spanish Constitution, which was the amendment of Article 13, so that EU citizens could be eligible in municipal elections.

But, even though the only provision of the Spanish Constitution formally changed was that, European integration entailed multiple mutations in the State.

Specifically, first, the process of economic union (Article 102 of the Maastricht Treaty), ordered the economic policies of the Member States with a view to achieving the objectives of the Community. This naturally has moved further with the development of the European Central Bank, the European system of central banks and the euro itself. Greece and Italy, Portugal and Spain know very well the limitations that European integration entails in the field of economic policy³⁴².

³⁴² Second, some general principles foreign to specific States, are incorporated into their legal order through the Court of Justice of the European Union: for instance, the principle of legitimate expectations, from the German legal tradition and strange to the Spanish legal order. See Muñoz Machado, Santiago, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza editorial, Madrid, 1993, pages 47 & ff.

Moreover, the existence and continued growth of EU responsibilities and competences naturally impact the distribution of power within Member States³⁴³.

Here we cannot make a detailed examination of the alterations that integration into the European Union has implied for the Spanish Constitution. But we will try to refer to some of the aspects that have exercised some substantial influence³⁴⁴: the regulation of the legislature, the executive and the judiciary.

Indeed, first, the regulation of legislative powers, the scope of the requirement of law and procedure of making laws, as set out in Part III of the Constitution, was modified under the regulatory powers conferred on the Communities³⁴⁵.

Secondly, Titles IV, VII and VIII were seriously affected. Concerning Title IV, which deals "on government and administration," the impact on Article 97, which is its main precept, stating that "the Government directs domestic and foreign policy" must be highlighted. Title VII, which regulates the "Economy and Finance", changed its direction with the formation of the single market in a gradual process of integration of all economic sectors, which has led to important transformations in fiscal, budgetary, and monetary policies. Title VIII, on "Territorial Organization of the State", has also been affected since the exercise of the powers transferred to the institutions of the European

³⁴³ Muñoz Machado, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza editorial, Madrid, 1993, p. 50 & ff. Our Constitutional Court has tried to avoid the process setting the rule that the responsibilities of Community law cannot distort the constitutional division of powers. Still, the tension is undeniable.

³⁴⁴ See Torres del Moral, A., *Principios de Derecho constitucional español*. Tomo I: Sistema de fuentes. Sistema de los derechos, 6º edición, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, pages 241 and following; Ruiz-Jarabo Colomer, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Fundación Universidad Empresa- Cívitas, Madrid, 1993, pages 41 and following, whom we follow in the text.

³⁴⁵ An important exception to the requirement imposed by Article 96 CE of the official publication of the law of foreign origin was also introduced.

Union today, used to correspond not only to the State, but in some cases, to the Regions.

Third, the powers of the Constitutional Court, which is regulated under Title IX, were also diminished as it was responsible for the control of international treaties and provisions adopted thereunder³⁴⁶.

European integration also affected Title VI of the Constitution relating to the judiciary. Indeed, it increased the powers of the Spanish courts conferring them, in general, knowledge of all processes of Community law not expressly conferred to the ECJ³⁴⁷. Article 123 EC, which configures the Supreme Court as "the superior court in all respects, except for the provisions concerning constitutional guarantees" should be understood also "without prejudice to the powers of the Court of Justice of the European Union".

We can also consider that the position of the Supreme Judicial Council, established by Article 122 of the Constitution, has been affected. It is a governing body to whom correspond judiciary appointments to the terms of an organic law³⁴⁸. However, the judges of the Court of Justice of the European Union and General Advocates of the Court are appointed by common accord by the Governments of the Member States.³⁴⁹

Nevertheless, our Constitutional Court considers that, in normal or ordinary cases, the EU law cannot amend the Constitution itself, but modulates its contents, as can be seen in the two following examples.

³⁴⁶ The acts of the EU institutions cannot be appealed on constitutional ground because the EU law must be uniformly applied and for the ultimate control of interpretation and validity control of Union law corresponds to the Court of Justice of the European Union.

³⁴⁷ But interpretation and legality of Community rules escapes domestic judges, which affects Article 106, though this rule is not integrated in Title VI of the Constitution. This is the provision that gives the courts the control of regulatory power and the legality of administrative action.

³⁴⁸ Indeed, the Organic Law 6/1985 of 1 July, the judiciary, gives the Council the appointment of all judicial offices, including the Chief Justice and two members of the Constitutional Court.

³⁴⁹ Ruiz-Jarabo Colomer, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Fundación Universidad Empresa- Cívitas, Madrid, 1993, p. 46-47, has proposed that, as a constitutional tradition, the Government should listen to the Supreme Judicial Council when making these appointments.

1) About the territorial organization of the State, the Constitutional Court Judgment 13/1998, about environmental impact assessment, among others, suggested some impact of the EU law on the internal distribution system of competences. The rule is the principle of institutional autonomy. But the aforementioned Judgement of Constitutional Court 13/1998 stated that "... it must not be ignored that the very interpretation of the distribution of powers between the State and the Autonomous Communities does not occur in a vacuum ... Therefore, to pay attention to how an EU directive has configured an institution may be not only useful but even obliged to implement it correctly on the internal scheme of distribution of powers, especially when the institution or techniques on which the dispute relates lack of background in the domestic law itself ...".

2) In the field of fundamental rights, the Constitutional Court accepts the influence of EU law, both of its rules and the case law of Court of Justice of the European Union. More and more frequently, the scope of certain fundamental rights is interpreted using rules and case law of the Union.

Specifically, our Constitutional Court has accepted that the EU law will serve as a canon of interpretation of Title I of the Constitution in the sense envisaged by Article 10, paragraph 2, of our Constitution, although it is not, strictly speaking, a treaty or agreement on fundamental rights (Constitutional Court Judgment 64/1991, case APESCO) [Title I of Spanish Constitution is that relating to fundamental rights and duties. According to Article 10, paragraph 2 of Spanish Constitution, the rights recognized herein must be construed in accordance with the conventions and treaties ratified by Spain in that field].

In addition, the Charter of Fundamental Rights of 2000 has become an auxiliary element of interpretation of fundamental rights from the Judgment of the Constitutional Court 53/2002, about a case of asylum application.

III.3. - Collaboration between EU and domestic law.

How does the Spanish Constitutional Court see the relationship between the Constitution and the EU integration process?

Ultimately, the process of European integration is subdued to the Constitution. But our courts have applied the principles of "direct effect" and "primacy". The Supreme Court received those principles from a judgment of 28 April 1987. The Constitutional Court, with some reserve, has always accepted the referred principles when it has addressed this issue. In particular, in its Judgment 28/1991, of February 14, in a case about the European Parliament elections³⁵⁰, in Judgment 64/1991³⁵¹, and in the Declaration 1/2004, about the European Constitution.

We were saying that Spanish Constitutional Court has accepted those principles with some reservations. Indeed, in Spain, as in other countries, the difficulties of the principle of primacy have emerged over the possible contradiction between EU rules and the Constitution,

³⁵⁰ The appeal was promoted by the Basque Parliament against two provisions of the Organic Law 5/1985, of June 19, on the General Electoral System, which were added to it, along with other introduced for the European Parliament elections, by Organic Law 1/1987 of 2 April. Under the first of these precepts -art. 211.2 d) LOREG-MEP status is incompatible with membership of the Legislative Assembly of the Autonomous Communities, under the second-Art. 214 -, the constituency for the election of MEPs is nationwide. The Constitutional Court dismissed the appeal.

³⁵¹ The Judgment responded to three amparo appeals which, although aimed at different administrative acts had in common the reproach, as discriminatory, to the system for allocating quotas for access of Spanish vessels to the fisheries of the Commission North East Atlantic Fisheries (NEAFC). The contested acts, indeed, were all the result of the application of the Order of June 12, 1981, by ordering the fishing fleet high and high altitude operating within the geographical limits aforesaid. Consequently, only after a ruling on the constitutionality of that provision would be possible to decide on the correctness of the specific acts against which are deducted these complaints.

The Court argues how the established system for fishing vessels access to fishing grounds NEAFC is not discriminatory, the only issue on which the Court may rule on the defense pathway, which does not prejudice the solution to be given to any other validity problem that may arise beyond the scope of fundamental rights. Consequently, it dismissed the appeals.

especially as far as the fundamental rights and the democratic principle are concerned.

The Spanish Constitutional Court, as other constitutional courts of other Member States did, has claimed that EU rules do not prevail in case of conflict with constitutionally recognized fundamental rights, nor in the case of violation of other basic principles such as the democratic one. The Spanish Constitutional Court confirmed this position in the Declaration 1/2004, about the European Constitution. This, however, did not stop it from considering the referred Project as fully compatible with our Constitution.

However, it must be emphasized that these reservations have been made in the theoretical realm. To date, the Spanish Constitutional Court has not declared the unconstitutionality of any law or act of the Union, unlike what has happened in the Czech Republic (in February 2012, the Czech Constitutional Court annulled a Judgment of the Court of Justice of the European Union, considered *ultra vires*.) As someone has said, the Spanish Court "barks, but does not bite."

The Spanish Constitutional Court has not hardened its stance after the Treaty of Lisbon or the judgment of the German Federal Constitutional Court on the said Treaty.

Fortunately, to this day, the Spanish Constitutional Court has not increased its reserves about the building of a united Europe adopting the concept of constitutional or national identity.

However, sustaining its traditional reservations in view of the evolution of the Union may be objectionable. Most certainly, we must not forget that the reserves of the constitutional courts were justified in their origin, because the Treaties contained no bill of rights. This could explain the fear that those rights might not be fully protected at EU level.

But that rationale has long lost its *raison d'être*. The Court of Justice of the European Union, from the judgment Stauder/Ulm, 1969, said that fundamental rights, such as legal heritage of the Member States, are

part of the order of the Union and must be regarded, respected and taken into account as general principles. The same is subsequently established by Article 6 of the Treaty on European Union. What is more, the Union adopted a Charter of Fundamental Rights of the European Union, which was proclaimed in Nice in 2004. This Charter has been assumed by Spain first by Act 1/2008 and then by the ratification of the Lisbon Treaty. At present, therefore, fundamental rights are guaranteed in both the State and the Union. In this context, the reluctance of the Constitutional Court should disappear or have a strictly symbolic meaning.

In relation to the reservation of the "deficit" of democracy in the Union, it should also be little more than symbolic. Indeed, it has been attempted to alleviate the democratic "deficit" by strengthening the role of the European Parliament and by assuring a greater involvement of national parliaments in the process of European decision-making. The latter has resulted in Spain country in the mechanisms established under the law 8/1994, which regulates the Joint Commission for the European Union, which in 2009 was adapted to the provisions of the Treaty of Lisbon.

Nevertheless, until ATC 86/2011, of June 9, *Case Melloni*, our Constitutional Court³⁵² has considered the relationships between European Union law and so called "*bloc constitutionnel*" as a relationship of "separation". This is clear in all cases until *Melloni*, when the Court of Justice has been requested to present a preliminary ruling, and which have been solved by a decision: SSTC 28/1991, of February, 14; 372/1993, of February 14; 143/1994, of May 9 and 265/1994, of October 3.

³⁵² Torres del Moral, A. "El Tribunal Constitucional español en negativo: cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas y de lege ferenda", in La ciencia del Derecho procesal constitucional. Studies in honor of Héctor Fix-Zamudio in his fifty years as a researcher of Law, Volume II, pp. 595 and following, specially pp. 618 and following, remarks that the treatment of European Law by the Constitutional Court is one of the most challenging and open questions

As general doctrine, the following points have been stressed by the Constitutional Court:

- Only Arts. 14 to 29 and 30.2 CE “are appropriate to decide if the actions of public authorities are constitutional or not. The Community Law is not appropriate to this purpose”.
- The rules in the Community legal system “do not represent an autonomous constitutionality canon (STC 252/1988, 132/1989, 28/1991, 64/1991 and 111/1993, among others)”.
- The appeal for legal protection addressed to the Constitutional Court, has to be based on the violation of fundamental rights, not on violation of Community Law (STC 64/1991, FJ 4).
- The Community legal system has its own guarantee bodies, among which the Constitutional Court is excluded. The power to verify if domestic law is compatible from the point of view of Community Law is up to the Judiciary, with the collaboration of the European Court of Justice if necessary.
- The Constitutional Court cannot request preliminary ruling based upon Article 177 of the Treaty establishing the European Economic Community before the European Court of Justice because this provision is only effective in the processes in which Community Law is applied precisely to guarantee a standard interpretation of Community Law (STC 28/1991).

In its Order 86/2011 of 9 June , the Court, without stating any general doctrine about the intimate relationship between the system of domestic law and the one that originates in the Union, decides to seek a

preliminary ruling by the ECJ. In its order, the Court states the main facts of the case that are in the main proceedings, the relevant circumstances in processing the amparo appeal, the national legal framework, applicable rules of European Union law, the foundations of the request for preliminary ruling and the formulation of the specific preliminary questions. As for the national legal framework, section 24 of the Spanish Constitution, which prohibits defenselessness, and some doctrine of the Constitutional Court were also stated. As relevant legal framework derived from the law of the European Union, Art. 6 of the Treaty of the European Union and several provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (47.2 , 48.2, 52.3 and 53) are cited, as well as Council Framework Decisions 2002/584/JHA of 13 June, subsequently amended by Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February³⁵³.

The Constitutional Court does not question its previous position, but seems to implicitly recognize the overlapping and interlinking of norms and constitutional doctrine, on one hand, and primary and secondary EU legislation, on the other.

³⁵³ The EC answered the preliminary ruling in Judgment of 2013, 26th of February, case Stefano Melloni /Ministerio fiscal, C-399/11 España. Vid. Miguel Canuto, E. de, "Carta de la Unión y derechos fundamentales en materia tributaria", in press, pp. 1 a 19; Revenga Sánchez, M., "Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia", *Revista española de Derecho europeo*, núm 41, 2012, págs. 139 a 150. Ripol Carulla, S. y Ugartemendía, J. I., "La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental", *Revista de Derecho Europeo*, 46, abril-junio 2013, pp. 190 y ss. See also Tenorio Sánchez, Pedro, "Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo". RI 413848, in *Revista General de Derecho Europeo*, número 31 de Octubre de 2013, 38 páginas. Also published in Tenorio Sánchez Pedro, *Estudios sobre derechos fundamentales. Desarrollos recientes*. Entwicklungen im Europäischen Recht Band 42. Herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Arnold Jean- Monnet-Lehrstuhl für Europarecht Universität Regensburg, Regensburg 2013. Páginas 41 y ss.

IV. International Law and Autonomous Communities.

Section 149.1.3 of the Spanish Constitution mandates the exclusive jurisdiction of the State in the field of international relations. There are some other provisions in the Constitution affecting this subject, but they do not confer powers, but are procedural in nature: this is the case of Chapter II of Title III (Articles 93-96) and Article 63.2, which provides for the intervention of the King in that procedure. All this is in accordance with the Constitutional Court case law: STC 26/1982, of 24 May.

The scientific doctrine has criticized the vagueness and poor definition of the attribution of powers in Article 149.1.3, which has seen a progressive emptying of its meaning.

The Constitutional Court began understanding that the State's international obligations constituted a limit to regional power, so there was a kind of reservation by the central government, which was responsible for the implementation of the agreements and, therefore, of their supervision and control: STC 125/1984, of 20 December.

Subsequently, the Court, assuming that the broad interpretation of the exclusive competence of the central government in international affairs could infringe regional powers, suggested to solve case by case and according to the purpose of the ruling: STC 154/1985, of 12 November.

The entry of Spain into the European Communities made the Constitutional Court perceive the possibility of intervention by the Autonomous Communities in the field of European affairs, since, otherwise, the autonomous communities would enjoy very limited competences. All this while recognizing that the power to conclude treaties (treaty-making power) belongs exclusively to the State and is exercised by its representative bodies abroad.

In a fourth phase, the Constitutional Court recognized that the presence of foreign countries or citizens in a relationship does not necessarily make the latter an international one: STC 153/1989, of 5 October. Moreover, the Court eventually said that ensuring compliance with the international obligations of Spain, which in principle corresponds to the central power, does not require controls and inspections of actions undertaken to this end: STC 54/1990, of 28 March.

8. REFERENCES

Balaguer Callejón, F., “Constitutionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, in Estudios homenaje al Prof. Gregorio Peces Barba, volumen II, 2008, pp. 133 & ff.

Balaguer Callejón, F., “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional Europeo, 1, January/June 2004, p. 25 & ff.

Bustos Gisbert, R. 2006: “La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional”. Sáiz Arnáiz, A. (Dir.), Integración Europea y Poder judicial. IVAP, Oñate, p. 211 & ff.

de Miguel Canuto, E. 2013. “Eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista Quincena Fiscal, p. 1-14.

Ferreres Comella, V. 2006: “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”. Sáiz Arnáiz, A. (Dir.), Integración Europea y Poder judicial. IVAP, Oñate, p. 321 & ff.

Gómez Sánchez, Y., Constitución multinivel: derechos fundamentales, Sanz y Torres, Madrid, 2011, pp. 79 & ff., and 117 & ff.

López Castillo, A., Sáiz Arnáiz, A. & Ferreres Comella, V. (2005): Constitución Española y Constitución Europea. CEPC, Madrid.

Pernice, I. y Kanitz, R., "Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe", in Wapter Halltein-Institute, für Europäisches Verfassungsrecht, Humboldt-Universität zu Berlin, WHI-Paper 7/04, März, 2004, p. 2 & ff.

Revenga Sánchez, M. (2004): "En torno a la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina?" Revista Española de Derecho Europeo, 12, p. 521-538.

Rey Martínez, F. (1989): "El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales". Revista General de Derecho, 537, p. 3625-3631.

Ripol Carulla, S. (2007): El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho Español. Atelier, Barcelona.

Rubio Llorente, F. (1997): "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", Claves, 75, p. 2-10.

Sáiz Arnáiz, A. (1999): La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española. CGPJ, Madrid.

Sáiz Arnáiz, A. (2003): "El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del arte 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional", Revista Española de Derecho Europeo, 5, p. 123-157.

Torres del Moral, Antonio, Principios de Derecho Constitucional español, tomo I: Sistemas de fuentes. Sistema de los derechos. 5th ed., servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Páginas 259 & ff.

Dialogue in the making:

The relationship between EU law, the ECHR and French constitutional law¹

*Laurence Burgorgue-Larsen**

*Véronique Bruck***

I. INTRODUCTION

France's opening to international and European law is fundamentally ambiguous. At first glance, it is notable that the French Constitution didn't resist the trend of an internationalisation of constitutional law², since its Article 55 provides that "treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, with respect to each agreement or treaty, to its

* Professor at the Sorbonne Law School, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Member of the Research Institute in International and European Law (IREDIÉS).

** PhD candidate at the Sorbonne Law School, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Member of the Research Institute in International and European Law (IREDIÉS).

¹ This contribution is an updated and modified version of L. Burgorgue-Larsen, « France. The Impact of European Fundamental Rights on the French Constitutional Court », P. Popelier, C. Van De Heyning, P. Van Nuffel (dir.), *Human Rights Protection in the European Legal Order, The Interaction between European and National Courts*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 211-236.

² X. Pacreau, "Article 55", in, F Lucaire, G Conac & X Prétot (eds) *La Constitution de la République française* (Paris, Economica, 2009, 3th ed.), p. 1359.

application by the other party". However, although some illustrious French jurists have played a major role in the development of international law, insisting particularly on the protection of human rights³, the constituent failed to address substantial issues regarding international law. Indeed, unlike other constitutions, the French fundamental law lacks any interpretational provision regarding a *pro homine* principle or the obligation of national authorities (particularly judges) to perform an interpretation of national law consistent with international engagements⁴. Thus, the main focus is on the position of treaties in the national legal order in terms of legal hierarchy and of procedural aspects regarding their entry into force.

Prevalent in 1958, this approach still shapes French constitutional law. Although there has been a progressive "Europeanization" of the Constitution's provisions due to the integration-movement promoted by EU law, the relationship between national constitutional law as defined by the Constitutional Council on the one hand, and international law, the ECHR and EU law on the other hand, should be described as a process of silent influences rather than active interaction. However, although the French constitutional judge insists on a distinction between constitutional review and conventionality control and declares himself incompetent to provide for the latter, it is evident that the ECHR is a major source of inspiration in his case-law. Recently, the Constitutional Council has even solemnly engaged in an open dialogue with the European Court of Justice, whereas the legislator is under a constitutional obligation to enforce EU and human rights law.

³ For example René Cassin, who significantly contributed to the elaboration of the Universal Declaration of Human Rights, or Pierre-Henri Teitgen, whose influence on the ECHR was particularly important.

⁴ On this issue, cf. L. Burgorgue-Larsen, "Les standards : normes imposées ou consenties ?", in M. Fatin-Rouge Stefanini, G. Scoffoni (eds.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, Presses Univ. d'Aix Marseille, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2013, pp. 15-30.

II. CONSTITUTIONAL LAW, INTERNATIONAL LAW, AND EU LAW

II.1. THE RELATIONSHIP BETWEEN CONSTITUTIONAL LAW AND INTERNATIONAL LAW

The altogether rather limited space allotted to international law in the Constitution clearly demonstrates the fate the constituent powers of the time intended to reserve for the 'exterior' sphere. While on the one hand the existence of international engagements and a certain peace ideal were recognized (paragraph 14, Preamble 1946⁵), on the other hand the country was wary of pledging allegiance, no matter the cost, to any supranational structure (paragraph 15, Preamble 1946⁶).

Besides the dated phrases in the Preamble, the Constitution contained a very classic Title VI on 'International Treaties and Agreements', composed originally of only four clauses⁷. In accordance with a tradition stemming from the 19th century, the constituent powers of the Fifth Republic perceived the theme of international relations above all in terms of procedures. They endeavoured to designate the authorities empowered to represent the State *ad extra* in the Constitutional Charter, to attribute the treaty making power and to determine the rank of international treaties in the internal organization. Not only did this title betray a certain reserve towards international law, but it also left a major institutional innovation of the time undocumented:

⁵ Paragraph 14 of the Preamble is written as follows: "the French Republic, true to its traditions, conforms to the rules of international public law. It will not undertake any war with a view to conquest and will never use its force against the liberty of any one people".

⁶ The reference of paragraph 15 of the Preamble to the requirement of reciprocity reveals a certain reluctance: "Subject to reciprocity, France consents to the sovereignty limitations necessary for the organization and the defence of peace".

⁷ These four original clauses of Title VI are related to the powers of the President of the Republic as regards international relations (Article 52), to the classification of treaties from a ratification or approbation viewpoint (Article 53), to the preventive mechanism of control by the Constitutional Council and its consequences (Article 54), and finally to the place of the treaties in the legal organization (Article 55).

the creation of sectoral Communities in 1951 (the ECSC) and in 1957 (Euratom and the EEC).

II.2. THE RELATIONSHIP BETWEEN CONSTITUTIONAL LAW AND EU LAW

It took quite some time for the European Union to make its entrance into the French Constitution of 4th October 1958. The founding speech of 9th May 1950 was delivered by the French Minister of Foreign Affairs Robert Schuman in the illustrious *Salon de l'Horloge* of the Quai d'Orsay. Its promoters were Frenchmen (Jean Monnet in particular) and its intention was nothing less than Franco-German reconciliation and peace on the European continent. Nevertheless, the constituent power of 1958 did not breathe one word of this new political order that would transfigure post-war international relations. This was in part due to the dispute over the ratification of the ECSC treaty and the stillborn EDC treaty (1954). It has to be said that the three institutional treaties – all ratified on the basis of pertinent clauses in the Constitution of the Fourth Republic – already implicated France as of 1st January 1958. This was already more than enough for the constituent power of 1958, taking care not to go any further and mention the European 'fact', so as not to give rise to any federal thoughts, so fiercely fought by Gaullists.

Eventually of course, France could not continue to resist the process of integrating the Community structures into the constitutional domain. However, it would take until 1992 before the country resigned to integrating Europe in its Constitution, thanks to the workings of the procedure of Article 54 in the Constitution. The provision instituted a facultative and *a priori* control of international treaties. In case of a discrepancy, detected by the Constitutional Council, between an international treaty and the French Constitution, the latter must be revised

so as to enable the process of ratification or approval of the international engagement⁸.

In this respect, the Treaty on European Union (TEU), adopted in Maastricht, was the trigger. It was decried and criticized, in France as well as in other countries. It must be said that it required a 'leap' towards a Community structure that was not merely a symbolic one. The Maastricht Treaty demanded, among other things, for countries to transfer to the European Community a competence so archetypical of sovereign states: minting coins. And so the French Constitution was Europeanized. Following the decision of 9th April 1992, Maastricht⁹, which led to constitutional law nr. 92-554 of 25th June 1992, a new Title XV was added at the end of the constitutional text¹⁰, entitled 'Of the European Communities and the European Union', amendable in the event of further elaboration of the European structure, that is, if the Council decides that this needs to be accommodated by a revision of the Constitution. After the decision of 31st December 1997, Treaty of Amsterdam¹¹, which led to constitutional law nr. 99-49 of 25th January 1999, Title XV was at once removed, developed and added back in. It was through the decision of 13th December 2007, Lisbon Treaty¹² – the basis for the constitutional law of 4th February 2008¹³ – that Title VX was renamed 'Of the European Union' and was extended with several clauses taking into account the role of the French Parliament in controlling subsidiarity (Article 88§6) and in

⁸ It reads as follows: "If the Constitutional Council, called upon by the President of the Republic, by the Prime Minister, by the President of either assembly or by sixty deputies or sixty senators, has declared that an international engagement contains a clause contrary to the Constitution, the authorization of ratifying or approving said international engagement cannot intervene until the Constitution has been revised."

⁹ Cons. const., 9 April 1992, Treaty on the European Union (Maastricht I), No. 92-308 DC.

¹⁰ This is a consequence of the technique of "additional revision".

¹¹ Cons. const., 31 December 1997, Amsterdam Treaty, No. 97-234 DC.

¹² Cons. const., 20 December 2007, Lisbon Treaty, No. 2007-560 DC.

¹³ Constitutional Law No. 2008-103 of 4 February 2008, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, JORF, 5 February 2008.

implementing simplified revision procedures (88§7). The European Union is thereby ‘constitutionalized’, which is only a logical implication of the European integration’s progressive nature. Both the Treaty on European Union of 7th February 1992 (Article 88–3) and the Lisbon Treaty, as signed on 13th December 2007 (Article 88§1 and 88§7), made a remarkable entrance in the ‘European’ part of the French Constitution, since they are cited *expressis verbis*. Furthermore, when an “international constitutional law”¹⁴ started to emerge, a ‘constitutional law of the European Union’ took shape in the Constitutional Charter.

The ‘Europeanization’ of the French Constitution is also the work of the constituent power, spurred on by the decisions made by the Constitutional Council, whose *a priori* constitutionality control of international treaties has shaped the contours of references to the European Union in the French Constitution¹⁵. We shall see that these elements have had a significant influence on the French Constitutional Council’s attitude *vis-à-vis* the legal principles of the European Union. As to the connections between the Constitutional Council and the European Convention on Human Rights, it appears as a completely different issue. We shall see that, while the European Court’s control over constitutional decisions and procedures is quite real and visible, there is still no trace of any reference to said court’s case-law in the Constitutional Council’s decisions. In reality, Strasbourg’s case law does have an impact on the members of the Palais Montpensier, but for the time being this influence remains ‘invisible’.

¹⁴ This expression traditionally refers to the clauses dedicated to international relations and to international law in the Constitutions. Its inventor is B Mirkine-Guetzevitch, *Droit constitutionnel international* (Paris, 1933) 300 p. This now-classic term has been taken up and somewhat popularized or at least given a French flavour by J. Rideau “Constitution et droit international dans les Etats membres de l’Union européenne”, [1990] 2 RFDC 259–296 and L Favoreu, “Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du ‘droit constitutionnel international’” [1993] RGDIP, 39–65.

¹⁵ The *a priori* control of Article 54 has also been performed on international engagements several times.

III. INTERNATIONAL AND EU LAW IN CONSTITUTIONAL REVIEW – THE DELICATE DISTINCTION BETWEEN CONVENTIONALITY AND CONSTITUTIONALITY CONTROL

In his decision of 15th January 1975 about abortion¹⁶, the constitutional judge clearly distanced himself from conventionality control. He considered that assessing the compatibility of international and Community law with French law was not a matter of constitutionality control. Consequently he referred this control to the ordinary courts. In this context, the supreme judges of the legal and administrative order were the ones who ended up accepting the primacy of international and Community law, but only over laws (including subsequent laws)¹⁷ and under no circumstances over the French Constitution¹⁸. All this would change with the ‘Europeanization’ of the French Constitution.

Generally speaking, and depending on each ‘constitutional context’, one can distinguish two kinds of attitudes of the Constitutional Courts regarding the place of European Union law in the internal legal orders. The first attitude consists of staying in the background, not partaking in the debate and holding on to one’s constitutional positions without engaging in ‘dialogue’ with the Luxemburg Court, leaving the latter in the hands of ordinary jurisdictions in charge of conventionality control. The second attitude is for the constitutional judge to take sides, partaking in the debate and possibly risking a head-on collision with the Court of Justice. The French Constitutional Council has successively had both kinds of attitudes. It has moved from indifference to being “involved”. This evolution stems from the transformation of the French Constitution, which from 1992 onwards has constitutionalised the phenomenon of European integration. Since the introduction of Title XV, certain authors

¹⁶ Cons. Const., 15 January 1975, IVG, No. 1975–54 DC.

¹⁷ Cass. (mixed chamber) 24 May 1975, Société des Cafés J. Vabre; CE, ass., 20 October 1989, Nicolo.

¹⁸ Cass., (plenary assembly) 2 June 2000, Fraisse; CE, ass. 30 October 1998, Sarran et Levacher.

deemed early on that they were witnessing a kind of constitutionalisation of the European standards mentioned in this title¹⁹. As a result, it seems that the position of the Council in its decision on abortion is logically becoming harder and harder to uphold, with the European standards mentioned in Title XV being ‘constitutionalised’ – *i.e.* transformed into constitutional standards – yet all the while keeping their initial quality. Consequently, constitutionality control and conventionality control tend to get mixed up and the division of roles with ordinary judges, too, tends to become blurred. The Council’s case law as from 2004 provides striking proof of this. It reveals both the involvement of the Council in the *disputatio* relating to primacy and the difficulties in trying to draw a simple line between constitutionality control and conventionality control. This raises the question of how long this precarious balancing act will manage to last, even though the Council’s President Jean-Louis Debré recently insisted on its prevalence²⁰.

As from the decision of 19th November 2007, which examined the constitutionality of the Treaty Establishing a Constitution for Europe²¹, the Council was induced to take a position in the primacy debate. It did not go about this blindly. While moderating the authority of the system of the Union, the judge ultimately preserved the French Constitution²². Although absolute primacy is *in fine* impugned by the constitutional judge, this is done in such a way that the denial is not all too blunt. By not detecting any discrepancy between Article I-6 of the Treaty Establishing a Constitution

¹⁹ E. Picard, “Vers l’extension du bloc de constitutionnalité au droit européen?” [1993] RFD adm. 47.

²⁰ J.-L. Debré, “Le Conseil constitutionnel et le droit de l’Union européenne”, interview with D. Simon, *Europe*, 2013, n°7.

²¹ Cons. const., 19 November 2004, Treaty establishing a Constitution for Europe, No. 2004–505.

DC. The doctrinal analyses were countless, so we will refer to the Constitutional Council’s website for further reading (www.conseilconstitutionnel.fr).

²² Here, France joins the majority of Constitutional Courts that did not fail to issue “constitutional reservations” (*réserves de constitutionnalité*), both to enforce the principle of competence attribution and to preserve a high level of protection of fundamental rights.

for Europe²³ and the pertinent clauses of the French Constitution, the *Palais Montpensier* judge finds the legal motivations for a conciliation of systems thanks to a new interpretation of Article 88§1 of the Constitution²⁴ to which a ‘normative value’²⁵ is attributed. Thus, the primacy of European Union law results quite simply from the constitutional clauses and from Article 88§1 in particular. Even if the conciliation was acquired at the cost of issuing a ‘constitutional reservation’ (*réserve de constitutionnalité*)²⁶, this did not make the conciliation of opposites (primacy of the Constitution vs. primacy of EU law) any less real. The normative content attributed to Article 88§1 had made its appearance a few months earlier in the decision regarding *Digital Economy* of 10th June 2004²⁷, within the scope of controlling the constitutionality of laws (Article 61 of the Constitution). In this decision, the Council had considered that the translation of the Directives into national law resulted from a constitutional requirement. Therefore, the judge showed that the Constitution consented to its own subordination, which *in fine* amounted to demonstrating, at the same time, its authority and, by doing so, its superiority. The constitutional judge did, however, issue a ‘constitutional reservation’ (*réserve de constitutionnalité*) to this

²³ We know that this article had codified the primacy principle: “the Constitution and the law adopted by the institutions of the European Union, in exercising the competences attributed to them, take precedence over Member State laws”, see §§ 9 through 13 of the decision of 19th November 2004.

²⁴ It read as follows in 2004: “the Republic participates in the European Communities and in the European Union, composed of States that have freely chosen, by virtue of treaties establishing them, to exercise jointly a number of their competences.” Since the commencement of the Lisbon Treaty, this clause reads as follows: “The Republic participates in the European Union, composed of States that have freely chosen to exercise jointly a number of their competences by virtue of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, as they result from the treaty signed in Lisbon on 13th December 2007.”

²⁵ For a presentation of the history of the integration of this clause into the Constitution and its current interpretation by the Constitutional Council, see J Rideau, F Picod, “Article 88§ 1” in, F Luchaire, G Conac & X Prétot (eds) *La Constitution de la République française* (Paris, Economica, 2009, 3th ed.), 1864–1916.

²⁶ It had been worded a few months earlier in the Digital economy decision (see note 24).

²⁷ Cons. const., 10 June 2004, *Economie numérique*, No. 2004–496 DC.

primacy accepted by the constitution. Indeed, the constitutional immunity imparted to the Directives caused discrepancies with the ‘express clauses of the Constitution’²⁸, which ‘do not have an equivalent in the Community’s legal order’²⁹. Certainly sensitive to numerous doctrinal criticisms³⁰, the Council reformulated its reservation in 2006 in the decision about *Copyright*. It continued to limit the primacy of Directives (and more generally of European Union law) by considering that ‘the transposition of a Directive cannot run counter to a rule or a principle inherent to France’s constitutional identity, except for instances to which the Constituent power has consented’³¹. The constitutional reservation relating to the ‘constitutional identity’ made its appearance in French constitutional case law; we know that it was emulated in Germany³². The wording of former Article I-5 of the Treaty Establishing a Constitution for Europe must not have been incompatible with it, as it valued ‘the national identity’ of States³³, which is still the case, for that matter, in the Treaty on European Union, as revised in Lisbon by adding a reference to ‘local and regional autonomy’³⁴.

Such a jurisprudential policy had an impact on the outline of constitutionality control, and consequently also on the outline of

²⁸ Cons. const., 10 June 2004, *Economie numérique*, No. 2004–496 DC, § 6.

²⁹ This was stated explicitly in this decision: Cons. const., 29 July 2004, *Bioéthique*, No. 2004–498 DC.

³⁰ Such is the analysis of J Roux, *Droit général de l’Union européenne* (Litec, Paris 2010, 3th éd) 268.

³¹ Cons. const., 27 July 2006, *Droit d’auteur*, No. 2006–540 DC, § 19.

³² German Constitutional Court, 30 June 2009, *Lisbon judgment*.

³³ M. Blanquet, “Article I-5”, in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade & F. Picod (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, Parts I and IV, “Architecture constitutionnelle” (Bruylant, Brussels, 2007).

³⁴ Article 4§ 2 of the Treaty on European Union: “The Union respects the equality of Member States before the treaties as well as their national identity, inherent to their fundamental political and constitutional structures, including with regard to local and regional autonomy. It respects the essential functions of States, in particular those meant to ensure their territorial integrity, to maintain public order and to safeguard national security. National security in particular remains the sole responsibility of each Member State.”

conventionality control. Indeed, today the office of the Constitutional Council breaks down in both a negative and a positive obligation. The former is the incompetence to control the constitutionality of transposed laws (except for the constitutional reservation); the latter is the competence to verify the compatibility of laws with the Directives they are meant to transpose. It is clear that this second element is an exception to the case law regarding abortion and implicates the Council in the universe of controlling conventionality. This implication may be indirect and filtered, but this does not make it any less effective³⁵, which results in a considerably complex jurisdictional landscape in France. Add to this the introduction in France of *a posteriori* control of laws through the technique of the ‘*question prioritaire de constitutionnalité*’ (commonly abbreviated as QPC)³⁶, and the resulting complexity becomes a distinct characteristic of the French system³⁷.

IV. THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COUNCIL, THE ECHR AND EU LAW

IV. I. THE CONSTITUTIONAL COUNCIL AND THE ECHR

³⁵ Cons. const., 30 November 2006, *Secteur de l'énergie*, No. 2006–543 DC. The control *in casu* has been limited, but effective. The Council penalizes “only glaring errors in transposition”, because of the brief period granted to deliver a verdict (one month). In this case, the Council censured Article 17 of the law submitted for review, as it maintained regulated rates, while the objective of the Directive was to open the energy market to competition.

³⁶ This is a major innovation based on the new Article 61§1 of the Constitution, introduced after the constitutional reform of 23rd July 2008 (constitutional act n°2008–724). It read as follows: “When, during the proceedings before a jurisdiction, it is upheld that a legislative clause undermines the rights and liberties guaranteed by the Constitution, this question may be submitted to the Constitutional Council upon referral by the Council of State or the Cour de Cassation, which will give a verdict within a set timeframe. An organic law determines the conditions of application of the present article”. We refer to V. Bernaud, “Article 61–1”, F. Luchaire, G. Conac & X. Prétot (ed) *La Constitution de la République française*, (Economica, Paris, 2009, 3th ed), 1438–1467.

³⁷ G. Alberton, “Peut-on encore dissocier l'exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité?”, [2008] AJDA, 967 a.f.

We know that, in the eyes of the European Court of Human Rights and according to the principles of international law, ‘the State as a whole is responsible in the international order. As a consequence, this concerns all the authorities of the State, including constitutional authorities’³⁸. This broad meaning of European control – which touches upon the national constitutional bases – is important. It implies that no constituted power is free from the Court’s control, which extends to the executive³⁹, legislative⁴⁰ and judicial⁴¹ powers. In this context, it would seem unavoidable for the constitutional jurisdictions – although they are strictly speaking not a part of the judicial organization – to fall into the conventional grip of Europe as well. The Constitutional Council has therefore not escaped the European Court’s control. Furthermore, it is noteworthy that it has not been able to escape the European Court’s jurisprudential influence either. Even though the decisions of the Council must be scrutinized carefully to detect the effects of European case law, this does not make those effects any less real.

1) The Constitutional Council is controlled by the European Court of Human Rights.

Taking stock of the jurisprudential side of the matter, we see that the European Court has examined the decisions of the Constitutional Council (i). The introduction of the QPC now pushes to address the issue of the conventionality of the Constitutional Council’s procedures (ii).

³⁸ G Cohen-Jonathan, “La France et la CEDH – Synthèses et perspectives” [1999] *Europe*, October, p. 32.

³⁹ *Wille v. Liechtenstein* (App no 28396/95), 28 October 1999. With 16 votes to one, the Court decided that the highest authority of the Principality of Liechtenstein, that is to say the “Prince”, who together with the people holds the “State power” by virtue of Article 2 of the Constitution of 24th October 1921, violated Article 10 of the Convention.

⁴⁰ *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A-222.

⁴¹ *Djaid v France* (App no 38687/97), 29 September 2009 ; *Brumarescu v. Romania* (App no 28342/95), 28 October 1999.

(i) Decision control by the ECtHR

The grip of European control on constitutional decisions no longer needs to be proved, as it is all too clear. On the one hand, the Court has penalised a number of the Constitutional Council's decisions for being 'unconventional' (negative control), but on the other it has also awarded some proverbial 'gold stars' for other decisions (positive control). In both cases, the European judge obviously always has the last word on the way the Constitutional Council assesses conventional requirements. It was in its case of 28th October 1999, *Zielinski and Pradal and Gonzalez and others v. France*, that the ECtHR directly rejected the Constitutional Council's jurisdiction in the field of legislative validations. In its decision nr. 93-332 DC of 13th January 1994 *regarding the Law on public health and social protection*, the Council had declared an endorsing legislative act to be in accordance with the Constitution, so it was promulgated on 18th January 1994. Upon reading the decision, one cannot find room for any diverging interpretations of the 'corrective action' imposed on the French High Constitutional Jurisdiction, which had regularly accepted without discussion the government's purely financial arguments to foil the normal *res judicata*. Paragraph 59 is especially significant in this matter: '*The Court considers that the financial risk indicated by the government (§53) and expressly brought up by the Constitutional Council to motivate its decision (§26), in itself, shall not allow the legislator to substitute himself either for the parties to the collective convention or for the judges to settle the lawsuit*'. And it continues: '*Along with the Commission, the Court considers that the decision of the Constitutional Council does not suffice to establish conformity of article 85 of the law of 18th January 1994 to the clauses of the Convention*'. The European Court actually reminds the Council that a law it has declared in accordance with the Constitution may still be incompatible with a treaty, in this case the European Convention, and that this discrepancy is penalised, as the Council cannot escape

European control. *Zielinski* was a turning point, as the Strasbourg Court and the Constitutional Council were diametrically opposed for the first time. Since this decision, the Constitutional Council has considerably tightened its control so as to be more in line with European requirements. Based on Article 16 of the Declaration of the Rights of Man, interpreted as imparting the right to an effective jurisprudential appeal, it has established the notion of ‘sufficient general interest’ as a parameter of its proportionality control⁴², drawing closer to the European Court, which as we know ardently upholds the notion of an ‘overriding general interest’. Despite this alignment, certain decisions of the Council continue to be penalised by the Court, as is demonstrated by the *Cabourdin*⁴³ case.

The European Court’s control over the Council’s decisions is not systematically negative. It also takes on a positive form by valuing either the constitutional text itself through the interpretation of a legislative norm implementing it, or more generally the interpretation the constitutional judge himself has derived from it. The decision of irreversibility of 24th October 2000 made in the case *Thivet vs. France* is proof of this second hypothesis. The Court aligned itself *expressis verbis* with the Constitutional Council’s case law, more precisely with decision nr. 99–425 DC of 29th December 1999 made in light of the tumultuous and

⁴² In the judgment of 29th December 1999 (99–425 DC, *loi de finance rectificative pour 1999*) the Council decided that: “the general interest attached to such a validation is more important than questioning the taxpayer’s rights, which would result from the token irregularity that the validation is actually meant to eliminate”. See decision of 21 December 1999 (99–422 DC, *loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*) which annuls, see B Mathieu, [2000] 4 D. p.VII.

⁴³ *Cabourdin v. France* (App no 60796/00), 11 April 2006. And yet, despite the fact that in the *Cabourdin* judgment the European Court demonstrates to the *Palais Montpensier* judges that it has taken note of evolutions in their case law, more in line with the conventional parameters – “the Constitutional Council, inspired by the Court’s case law, henceforth demands a ‘sufficient general interest’” (§ 36) – it still unanimously condemns France and clearly penalizes the Constitutional Council once more by stressing that its decision “would not manage to establish conformity of article 87 of the law of 12th April 1996 to the clauses of the Convention.” (§ 36).

ardent dispute regarding the indemnification of Russian loans⁴⁴. The express alignment of the Court with the motives put forward by the Council to declare the text in accordance with the Constitution is so rare it deserves a mention here. By evoking that Article 1 of Protocol nr. 1 does not guarantee the right to full compensation in all cases – insofar as legitimate objectives ‘of public use’ can campaign for a reimbursement lower than the full market value⁴⁵ – the judge in Strasbourg agreed with the reasoning of the guardian of the Constitution, who had focused on the solidarity objective pursued by the legislator and had therefore deemed it necessary to reconcile the different interests of both categories of shareholders, modest and other⁴⁶. The case *Stella vs. France* of 18th June 2002⁴⁷ did not cause a great deal of controversy, as decisions of irreversibility delivering certificates of conventionality go mostly unnoticed, contrary to the sensational decisions of violation. And yet, this case should be remembered as a sort of positive counterpart to *the Zielinski, Pradal, Gonzalez and others* judgment. Indeed, the Constitutional Council declared an endorsing act to be in accordance with the Constitution (decision of 18th December 1997) in consideration of motives of general interest (i.e. the social security deficit) without this resulting in any conventional ‘penalty’. Therefore, *‘the case law of organs of the Convention has never allowed for an imbalance in the equality of arms to result in measures “anticipating” in some way an as yet non-existent lawsuit, and it would be going too far to elaborate this theory with a sort of*

⁴⁴ Although Article 48 of the rectified 1999 finance law defined the conditions for implementing the indemnification of claims by determining that each bearer was to receive a fixed amount, increased with an amount proportional to the total value of the portfolio up to a certain maximum, the applicant upheld that because of this capped compensation, the amount she was to receive did not in the least correspond to the value of the bonds in her possession and she argued that her property rights were violated, as well as the equality principle.

⁴⁵ *Holy Monasteries v. Greece* (App No 13092/87; 13984/88), 9 December 1994.

⁴⁶ He had been able to consider that the discrepancy between the sum of the indemnity and the amount of the spoliations suffered does not allow for a strictly proportional indemnification without excessively reducing the possibilities for compensation of holders of modest portfolios.

⁴⁷ *Stella and the National Federation of Families in France v France* (App. No 45574/99), 18 June 2002.

*analogy*⁴⁸. In reality any imprecise, not to say erroneous, interpretation of the Council of State's judgment of 28th March 1997 by the applicants is brought up in great detail by the Court. While the legislative validation enabled the State to avoid putting excessive strain on the social security budget deficit for 1996 and the following years, it did not block the impact of the Council of State's judgment, which was fully implemented by internal authorities. And it was noted (perhaps as a warning for the future) *'that, although the applicants deny it, the Court considers that their interpretation as to the scope of the judgment of 28th March 1997 carries risks of legal insecurity, since it would be inadmissible for any jurisdictional decision about a calendar year to have de facto res judicata with regard to subsequent years, thus jeopardizing the legislative and regulatory power's margin of appreciation and this, by the way, over an undetermined period of time. Such a situation would be even less acceptable since the right to allocation, if not contested in principle by the government, still does not entail an intangible right to a fixed amount of this allocation.'* The aside is far from trivial, especially since it discusses States' definition of social policies. All conjectures, for example those on the influence of French *ad hoc* judge Bruno Genevois, are permitted. We still need to underline that although the attitude of the Constitutional Council was not the Gordian knot in the overall issue, this is because there was no retroactive law designed to thwart the execution of a judicial decision⁴⁹.

(ii) Procedure control before the Constitutional Council

The jurisprudential saga of establishing the European Court step by step as the judge of constitutional procedures is well known. It is

⁴⁸ *National organization of liberal nurses vs. France*, App. 39971/982, 9th August 2000,

⁴⁹ In this matter, the Council decided to align itself with the criteria derived by the European Court, as can be seen in decision 2002-458 DC 7 February 2002, *loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les prévôtés bâties en Polynésie française* (JO, 12 February 2002, p. 2783), see D., Chr., 2002, n°18, note B. Mathieu, p. 1439-1441.

generally characterized by the submission of the ‘constitutional process’ to the rules of a fair trial⁵⁰. In France, the first procedure likely to come under the control of the European Court was the procedure taking place before the judge of the application of the law, before the constitutional reform in 2008 questioned the control of the procedure used by the judge of constitutionality of the law⁵¹.

As long as the exception of unconstitutionality was not a part of the French constitutional landscape, the abstract constitutionality control of laws in France could not fall into the grip of Article 6§1 ECHR. Thus, the constitutional procedure benefited from a conventional immunity. Then again, notwithstanding the absence of a concrete form of constitutionality control, the Constitutional Council, as electoral judge and judge of the application of the law, was put under ‘heavy surveillance’ by the European Court through the judgment in the case *Pierre-Bloch vs. France* of 21st October 1997⁵². Indeed, even if in the case in point a Chamber of the Court had agreed, with seven votes to two, that Article 6§1 could not be applied to the electoral dispute – which found itself suddenly out of reach of the right to a fair trial – it followed from the analysis of the judgment that an MP deprived of his mandate, who would find himself facing one of the sentences mentioned in Article L.113§1 of the Electoral Code (that is, a fine of 25,000 francs and/or a sentence of one year in prison), could choose to invoke, most likely with success, Article 6§1 of the Convention, these sentences falling in the criminal scope. The European Court decided to establish as a general rule the dictum of the *Pierre-Bloch* judgment, since it declared two requests inadmissible on the grounds that they were *ratione materiae* incompatible with the clauses of the Convention: the *Masson*

⁵⁰ L. Burgorgue-Larsen, “L’influence de la Convention européenne sur le fonctionnement des Cours constitutionnelles”, [2008] *Revue internationale de droit comparé*, 2, p. 265–282.

⁵¹ F. Sudre, “Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme”, [2009] *RD pub.* 3, p. 671–684.

⁵² L. Burgorgue-Larsen, “Le face à face entre le juge constitutionnel et la Cour européenne”, note *sub* ECHR, 21 October 1997, *Pierre-Bloch c. France*, [1998] *AJDA*, 20 January 1998, 65–71.

case⁵³, tied into the *Pierre-Bloch* case since it involved a Member of Parliament whose election was invalidated by the Constitutional Council, as well as the *Cheminade* case concerning an unsuccessful candidate for the presidential election of 1995⁵⁴.

After the constitutional reform of 23rd July 2008 and the introduction of the QPC on the grounds of famous Article 61§1 of the Constitution, the issue took a new turn⁵⁵. In what became known as a ‘small revolution’, the French jurisdictional landscape underwent a metamorphosis through radical changes in the country’s legal customs. Lawyers both discovered and tamed the Constitution, since neither the European Convention nor EU legislation held any more secrets for them. Furthermore, all the ‘quirks’ in the workings of the Council (namely working behind closed doors and not hearing the parties⁵⁶) had to be done away with: indeed, they could no longer subsist since the creation of a concrete form of constitutionality control of the laws. Consequently, by

⁵³ *Masson v France* [App No 41944/98], 14 September 1999. The applicant was faced with sanctions that did not come under Article L113§ 1 of the Electoral Code. If they had been pronounced, they would undoubtedly have fallen into the “penal sphere” and have carried along the applicability of Article 6 § 1 to the trial of the electoral dispute. It was in any case the only foreseeable “breach” insofar as the Court confirmed its argumentation in terms of the “civil domain” by alarming that “the dispute in question concerned the regularity of electoral operations; notwithstanding its possible implications on the personal assets of the applicant, it did not have to do with a contestation of rights and obligations of a civil nature [...]. As a consequence, article 6§ 1 cannot come into play from a civil angle.” (§ 3).

⁵⁴ *Cheminade v. France* [App No 31599/96], 26 January 1999: “The Court reiterates that in principle, the procedures concerning the electoral dispute do not come under article 6, insofar as they concern the exercise of rights of a political nature and therefore are not about rights and obligations of a civil nature.”

⁵⁵ It is interesting to point out that the “legal diplomacy” has manifested itself between the French constitutional judges and the Strasbourg judges, which confirms that the dialogue of judges also entails a dialogue between judges. We refer to the Constitutional Council’s website, which has published judge F. Tulkens’ intervention following a visit by a delegation of several members of the European Court to the Constitutional Council, see F Tulkens, “Convention européenne des droits de l’homme et Cours suprêmes” at www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/cedh_13fev2009/cedh_Tulkens_130209.pdf.

⁵⁶ D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel* (Paris, Gallimard, 2010) 141.

adopting a decision on 4th February 2010 regarding an interior regulation of the procedure followed before the Constitutional Council for the QPC⁵⁷, the Council submitted to a series of requirements stemming from the conventional European domain⁵⁸. It quite simply took the standards set by the Strasbourg Court seriously. In spite of the particularly successful adaptation with regard to the submission of the constitutional process to the equity requirement, though, we will see that the situation is undoubtedly less praiseworthy when it comes to the submission of the constitutional jurisdiction as such to the impartiality requirements. In this matter, the adaptation leaves much to be desired.

Equity consists of two parts: an adversarial procedure and ‘equality of arms’ (*l'égalité des armes*). For the European Court, an adversarial procedure consists in ‘the faculty of a party to be informed about observations or pieces of evidence presented by the other party, and its right to discuss them’⁵⁹. The lessons learned from the *Ruiz Mateos* judgment – which helped in the complete renewal of the Spanish procedure of the constitutionality question⁶⁰ – forced the French Constitutional Council to take action and stay up to date in this matter. Article 1 of the internal regulations links the *a quo* trial’s parties to all the steps in the procedure and elevates them up to the level of real parties to

⁵⁷ M. Guillaume, “Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité”, *Les petites affiches*, No. 38 and *Gazette du Palais* No. 54 of 23 February 2010.

⁵⁸ It needs to be said that this adaptation was announced in organic Law nr. 2009–1523 of 10th December 2009 pertaining to the application of Article 61§ 1: it referenced the “future” regulations of the Constitutional Council adopted on the basis of Article 56 of the organic Law nr. 58–1067 about the Constitutional Council of 1958.

⁵⁹ *Ruiz-Mateos v Spain* [App No 12952/87], 23 June 1993, § 63.

⁶⁰ F. Rubio Llorente, “La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions européennes”, *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu* (Paris, Dalloz, 2007) 1401; P Bon, “Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007”, *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du Président Genevois* (Paris, Dalloz, 2009), 72–73.

the constitutional trial⁶¹. As to equality of arms, we know that it 'requires a fair balance between the parties: each party must be offered a reasonable possibility to present its cause in conditions that do not place it in a position of net disadvantage compared to its adversary or adversaries'⁶². Reading the internal regulations reveals that these requirements have been taken into account, particularly by valuing the role of the parties' lawyers⁶³ and by putting a stop to the secret of the Council's workings, *i.e.* the way the hearings are conducted. Article 8 organizes the public nature of the hearing, conducted under the direction of the president of the Constitutional Council, responsible for 'keeping order in the hearing' (Art. 8 of the regulations). This hearing will be open to the public, in the sense that it is transmitted via an audio-visual broadcast to a dedicated room within the Council's building complex (Article 8, par. 2). Moreover, the hearing may, upon agreement of the parties, be broadcast on the website of the Constitutional Council (Article 9, par. 2). Only under a limited set of circumstances, stipulated in the regulations, will a hearing be conducted behind closed doors (Article 8, par. 3). There is no manifest incompatibility here with the case law of the European Court of Human Rights. Indeed, the public nature is the sole guarantee for a fair trial, limited by the very text of Article 6§1 of the Convention: it stipulates a series of hypotheses where public access to the courtroom may be restricted. A number of these hypotheses are included in the procedural regulations of the Council, which is rather orthodox in this respect by making provision for 'the President to restrict the public nature of the hearing upon request of a party or as a matter of course, in the interest of minors or to protect the privacy of persons who so require. He may only order the debates to be conducted behind closed doors in exceptional cases and on those grounds alone'.

⁶¹ F. Jacquilot, "La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel", [2010] AJDA 951.

⁶² *Kress c. France* [App No 39594/98], 7 June 2001, § 72.

⁶³ They are heard (art. 10 of the regulations) while the Constitutional Council may notify them of the proceedings.

This mechanism in its entirety is innovative; it testifies of a modernisation in the means used to satisfy the equity requirements for the constitutional procedure. In contrast, the Council's impartiality requirement is more problematic. The adaptation to the European requirements undertaken by Article 4 of the internal regulations is evident, but seems insufficient. This clause makes provision for both an abstention duty, prohibiting that any member sit on the Council if his impartiality can be questioned, as can be the right of any party to ask for such a member's removal if his impartiality is questionable⁶⁴.

Paragraph 1 of Article 4 of the internal regulations provides for the possibility to abstain⁶⁵. However, this clause institutionalizes a practice that had eventually become established in the Constitutional Council as a part of the *a priori* constitutionality control of laws and within the scope of the Council's competences in electoral matters (legislative and referendum elections). Nevertheless, this simple possibility does not suffice and the doctrine has already revealed loopholes in the text. First of all, nothing is said about the reasons for abstention, since there is 'not any obligation for justification'⁶⁶. What if the disastrous potential of such an absence of justification manifests itself in the concrete organization, putting the smooth workings of the Council at risk? Indeed, there are 9 members and the necessary *quorum* for deliberation is 7 sitting members⁶⁷. As abstentions are not limited, falling under the discretion of the judge, several judges may decide, for various reasons, to remove themselves from the same case, which would pose a significant threat to the proper functioning of the procedure. Also, there is no form of control by the Constitutional Council itself on this possibility of abstention. Lastly, these abstentions are only known *ex post*, that is to say only after the decision

⁶⁴ P. Bon, "Récuser un membre du Conseil constitutionnel", [2010] Dalloz 2009.

⁶⁵ It reads as follows: "Any member of the Constitutional Council who deems it necessary to abstain from sitting informs the president."

⁶⁶ M. Verpeaux, "Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales", [2010] AJDA, p. 1594.

⁶⁷ Article 14 of the order of 7th November 1958 pertaining to this matter has not been amended.

has been made and its text has been published online, followed by publication in due form. Paragraphs 4 and 5 of the article of the internal regulations are the ones making provision for challenging a member of the Constitutional Council⁶⁸. In the vast majority of other European countries, the judges come from two worlds: academia, in particular Faculties of Law; and the legal world, especially that of ordinary justice. For both, the risk of being challenged is low in France⁶⁹. In reality, the problem in France is that most of the members of the Constitutional Council come from the political world. As Dominique Schnapper revealed, *'of the 66 councillors appointed until 2007, more than half (thirty-five) originate directly from the domain of active politics, and this is without taking into account ex officio members, former Presidents of the Republic, who by definition come from the political world. Among those are twenty-two former ministers or junior ministers, as well as six deputies and seven senators'*⁷⁰.

To cut a long story short, *'many constitutional judges used to be members of Parliament, ministers, prime ministers, party leaders or Presidents of the Republic, which might undermine their neutrality and their impartiality if they were to judge the constitutionality of a law they themselves had drafted a few years before. If taken to the extreme, these reasons for challenging might lead to a situation where a Council meeting*

⁶⁸ They read as follows: "A party or its representative, equipped to this end with a special proxy, may ask for a member of the Constitutional Council to be challenged via a specially motivated letter accompanied by documents suited for justification. The request is only admissible if registered with the general secretariat of the Constitutional Council before the date set for receipt of the first observations. The request is communicated to the Constitutional Council member concerned. The latter announces whether (s)he acquiesces to the challenge. If not, the request is examined without participation of the members whose challenging is requested. The sole fact that a member of the Constitutional Council has participated in the elaboration of the legislative clause whose constitutionality is in question, does not in itself constitute grounds for a challenge".

⁶⁹ Since the beginning, professors of law have always been a minority; especially since the renewal of 1997 – now there are none.

⁷⁰ D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel* (Paris, Gallimard, 2010), p. 146.

*becomes impossible*⁷¹! Yet an alternative has been imagined in the procedural regulations of the Council, inspired by the Belgian⁷² and German systems. It is mentioned in paragraph 4 of Article 4: 'The sole fact that a member of the Constitutional Council has participated in the elaboration of the legislative clause whose constitutionality is in question, does not in itself constitute grounds for a challenge'. However, as made clear by the Secretary General of the Constitutional Council, challenging will be possible 'if the accomplished actions entail that their author has made an assessment of the constitutionality of this norm'. Will this be sufficient? The specificity of the composition of the Constitutional Council is such that we will have to be on the lookout, for it just might be called into question before the European Court of Human Rights...

2) *The Constitution Council under the influence of the European Court of Human Rights*

Does the Constitutional Council apply the European Court of Human Rights' case law? From a strictly technical point of view, the answer to this question is negative. The reference to the European norm as interpreted by the European Court is non-existent and does not appear in the *ratio decidendi* of French constitutional judges. Everything is arranged as if the Convention did not exist or rather, everything is arranged to be in line with the text of the Declaration of 1789 and not with the text of 1950, since the latter is not integrated in the set of standards referred to as the *bloc de constitutionnalité* (constitutional block). However, this deliberate absence of referral to European case law and the exclusive reference to the sole constitutional provisions does not prevent the judge from being inspired by either the European Convention or Strasbourg case law⁷³. He is

⁷¹ D Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel* (Paris, Montchrestien, 2010) 264.

⁷² Article 101 of the special law of 6th January 1989, modified on the Belgian Court of Arbitration.

⁷³ L Burgogue-Larsen, "L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme", [2001] *Revue Belge de Droit constitutionnel*, 1, p. 31–64; G Carcassonne, "Le Conseil constitutionnel et la CEDH", Cinquantième anniversaire de la

all the more inclined to do so as there is a certain substantial similarity between the fundamental rights protected on the constitutional and conventional level⁷⁴. Without going so far as to consider the two catalogues to be materially identical – so much so that certain authors have suggested to merge them⁷⁵ – it cannot be ignored⁷⁶ not only that both types of control are fundamentally of the same nature⁷⁷, but also that they have the same scope, particularly seeing as the reference standards for conventionality control and constitutionality control of laws are the same. Although the Constitutional Council and the European Court of Human Rights have long completely ignored one another, this era of indifference has come to an end and has been replaced by a ‘dialogue without words’⁷⁸.

Convention européenne des droits de l’ homme, Droit et justice (Brussels, Bruylant, 2002) 231–239; O Dord, “Systèmes juridiques nationaux et Cours européennes – De l’arbitrage à la complémentarité”, [2001] Pouvoirs, No 96, p.5–18; P Gaia, “Les interactions entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l’homme”, [1996] RFDconst., No 28, p.725 a.f.; P Tavernier, “Le Conseil constitutionnel français peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme?”, *Mélanges en l’honneur de Gérard Conac* (Paris, Economica, 2001) p.255–273.

⁷⁴ As of the 1990s, legal doctrine already focused on the proximity of the constitutional and conventional catalogues. See D Rousseau, F Sudre (eds.), *Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l’ homme* (Paris, STH, 1990); during the 9th Constitutional Courts Conference, the Constitutional Council itself was not secretive about its conventional inspiration, see [1993] RFD adm. 864.

⁷⁵ G. Alberton, “De l’indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité?”, [2005] RFD adm. 249–268; G. Alberton, “Peut-on encore dissocier exception d’inconstitutionnalité et exception d’inconventionnalité?” [2008] AJDA, 2008, 967.

⁷⁶ O. Dutheil de Lamothe, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, *Mélanges en l’honneur du Président Labetoulle*, (Paris, Dalloz, 2007) 315–327.

⁷⁷ Both very often use the same governing principles to orchestrate control and to succeed in reconciling conflicting rights. Nevertheless, this does not imply *ne varietur* an equivalent level of protection, as the specificities of each system, like the specificities pertaining to each.

⁷⁸ O. Dutheil de Lamothe, “Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme”, *Le dialogue des juges. Mélanges en hommage au Président Genevois* (Paris, Dalloz, 2009) 403–417.

Interpretative reconciliations, symptomatic of a strong legal syncretism, have irrigated the fields of freedom of expression⁷⁹, guarantees provided as far as repression is concerned⁸⁰, and even the rights of defence⁸¹. In the decision concerning the Rome Statute of the International Criminal Court⁸², the *Palais Montpensier* judge came even closer to European case law by elevating the principle of the public nature of judicial debates⁸³ to the constitutional level. Such dialectics have also penetrated the domains of the protection of privacy, of family life⁸⁴, of contractual liberty and also of legal security. Even the principle of human

⁷⁹ Compare *Handyside v United Kingdom* [App No 5493/72] 7 December 1976, A24 with Cons. const., *Entreprises de presse* 10–11 October 1984; compare *Informationsverein lentia v Austria* [App No 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90] 23 November 1993, A276 with Cons.const., 29 July 1986.

⁸⁰ Compare *Engel a.o. v the Netherlands* [App No 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72] 8 June 1976, A22; *Luedicke, Belkacem et Koc* [App No 6210/73; 6877/75; 7132/75] 23 November 1978, A29; *Oztürk v Germany* [App No 8544/79] 21 February 1984, A73 with Cons.const., 17 January 1989, CSA.

⁸¹ Compare *Delcourt v Belgium* [App No 2689/65] 17 January 1970, A11; *Golder v United Kingdom* [App No 4451/70] 21 February 1975, A18 with Cons.const., 19–20 January 1981, *Sécurité et liberté*.

⁸² Cons.const., 22 January 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.

⁸³ Compare with *Axen v Germany*, 8 December 1983, A72.

⁸⁴ In the decision of 28 January 2011, *Corinne C. et al.* (prohibition of same sex marriage) n°2010–92 QPC, the Constitutional Council considered that the notion of family in the meaning of the Preamble of 1946 included same sex couples. The Council appeared to be inspired by the jurisprudence of the ECtHR on this matter (ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010, para. 94–95). In the same judgment the Council held that the justification of the difference in treatment established by the legislator between heterosexual and homosexual couples which prohibited the latter to marry was conform to the Article 6 of the Declaration of the rights of men which upholds the principle of equality. The Council held that: “in maintaining the principle that marriage is a union between a man and a woman, the legislator has, in the exercise of its competences attributed by Article 34 Constitution, considered that the difference in the situation between a couple of the same sex and a couple composed of a man and a woman can justify the difference in treatment with regards to the rules of family law; that it does not fall upon the Constitutional Council to substitute its appreciation for that of the legislator with regards to the consideration, in this field, of this difference in situation; that, in consequence, the complaint based on a violation of Article 6 of the Declaration of 1789 needs to be dismissed” (para. 9).

dignity was at the heart of this ‘dialogue without words’⁸⁵. The question causing debate for many years now is how long this case law policy will remain tenable and desirable. Indeed, the ECtHR’s recent case law clearly states that judges applying its case law will benefit from a wider margin of appreciation⁸⁶, which can be analysed as an invitation to engage in an active dialogue with the Strasbourg court. Although the Council remains passive for now, the entry in to force of Protocol no. 16, allowing the highest courts of a State Party to request advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the ECHR, could be an encouragement to interact with the ECtHR.

IV. 2. THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COUNCIL AND EU LAW

The above-mentioned introduction of the QPC in France closed an old debate about a procedure which was then called the ‘unconstitutionality exception’⁸⁷. Early on, many enlightened jurists⁸⁸ had

⁸⁵ The Constitutional Council infers this from the Preamble of the 1946 Constitution, Cons. const., 27 July 1994, No 94–343/344 DC.

⁸⁶ *Von Hannover v. Germany (n°2)*, app. 40660/08 and 60641/08, 7 February 2012, § 107 : « Where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see *MGN Limited v. the United Kingdom*, no. 39401/04, §§ 150 and 155, 18 January 2011, and *Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC]*, nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, ECHR 2011).

⁸⁷ Regarding terminology issues – which are not to be ignored as they have obvious and substantial implications – we refer to the special issue of the *Revue française de droit constitutionnel* published in 1990 entitled “L’exception d’inconstitutionnalité. Le projet de réforme de la saisine du Conseil constitutionnel” and particularly the analysis of T S Renoux, “L’exception, telle est la question”, [1990] 4 *RFD Const.*, 651–658.

⁸⁸ Among them, special mention is appropriate for Bruno Genevois who, as Secretary-General of the Constitutional Council, played a major role in the entourage of Robert Badinter to give an impetus to the constitutional reform project of 1990. To take stock of this influence, one need only refer to the tribute of Robert Badinter in “L’exception d’inconstitutionnalité” in *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du Président Genevois* (Paris, Dalloz, 2009) 39–49.

considered that an *a posteriori* control mechanism was needed to strengthen the protection of rights in France⁸⁹. This mechanism ultimately came into being after two failed attempts in 1990 and 1993. This was a genuine ‘jurisdictional big bang’⁹⁰ for France. The preparations demonstrate that it was a matter of reinstating the Constitution at the heart of the French judicial architecture⁹¹. However, one point may collide with one of the requirements that follow from the primacy of EU law, namely the integral acceptance of the logic of the reference for a

⁸⁹ We refer to the snappy wordings of Robert Badinter in the *Mélanges Ryssdal*, stating that the persons subject to a trial in France were quite paradoxically treated as constitutional “minors”, whereas conventionally they were considered “of age”, see R. Badinter, “La Convention européenne des droits de l’homme et le Conseil constitutionnel”, in P. Mahoney (ed), *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne / Protecting human rights: the european perspective, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal* (Carl Heymanns Verlag KG, 2000) 79–85, spec. p. 84.

⁹⁰ D. Rousseau, “La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridique?” [2009] 3 RDPub., 631–644.

⁹¹ O. Dutheillet de Lamothe was very clear when, during a visit of the Constitutional Council to Madrid in early April 2009, he alarmed without beating about the bush: “it follows from the preparatory work for the 2008 constitutional revision that by adopting the prejudicial question of constitutionality, the constituent power intended to re-establish a certain priority of constitutionality control over conventionality control.” Indeed, he considered that it was not sound for conventionality control, and consequently the treaties, to take up more room in the internal order than constitutionality control. O. Dutheillet de Lamothe, visit to the Spanish Constitutional Tribunal (2–4 April 2009), text available on the Council’s website (www.conseil-constitutionnel.fr). The Keeper of the Seal also mentioned this when she presented the organic bill to the Assembly: XIII legislature, Questions to the Government, 8 April 2009. Answer by Rachida Dati to a question posed by Ms Anne Grommerch. When asked to present the general philosophy behind the organic bill, the Keeper of the Seal replied as follows: “This text represents a major leap forward in the respect of liberties, since it awards French citizens, especially those to be tried, a new fundamental right; as a matter of fact, it is not about a simple procedure, but about real, drastic changes. Henceforth, any person to be tried will be able to invoke before all jurisdictions a possible violation of the Constitution to better defend their rights. Until today, this was not possible, even though the person to be tried could invoke the European Convention on Human Rights before the courts. It was our wish that the Constitution, containing all the fundamental rights and principles, could be invoked before our jurisdictions.” National Assembly, JO, p. 3495.

preliminary ruling in Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Therefore, although the reservation relating to the ‘constitutional identity’ remains fairly theoretical and is unlikely to be activated one day, the creation of the QPC does elicit a very real confrontation between two kinds of prejudicial procedures: the constitutional procedure (QPC) and the European procedure (267 TFEU).

Although the organic bill presented by the Minister for Justice in April of 2009⁹² had taken into account the requirements ensuing from EU law⁹³, the National Assembly and the Senate removed the specificity of EU law in their examination, casting serious doubts on conformity to certain requirements, such as those in the *Simmenthal* judgment. Flouting criticism that had been issued in the legal doctrine, the constituent power adopted the ‘organic law of 10th December 2009’ giving constitutional priority to the conventional obligation, including when EU law is involved⁹⁴. Therefore, when an ordinary jurisdiction is presented with

⁹² Bill of “loi organique relatif à l’application de l’article 61§ 1 de la Constitution”, 8 April 2009.

⁹³ In accordance with the wording of paragraph 4 of Article 23–2 of the organic bill. It reads as follows: “In any case, when the jurisdiction is presented with means contesting, in a similar way, the conformity of the clause to the Constitution and to France’s international engagements, it must first give a verdict about the constitutionality question, subject to the requirements resulting from article 88§ 1 of the Constitution, if need be.” (Underlined by us). This mention of Article 88§ 1 was a way of bringing up the requirements of European integration and consequently also those induced by the reference for a preliminary ruling as interpreted in the *Simmenthal* judgment, see L Burgorgue-Larsen, “Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) sur la base du projet de loi organique appliquant l’article 61§ 1 de la Constitution”, [2009] 4 RFD adm., 787–799. For an *a posteriori* and recapitulative analysis, particularly taking into account the organic law of 10th December 2009, see M Gautier, “La question prioritaire peut-elle rester prioritaire?”, [2010] RFD adm. 449–466.

⁹⁴ Organic Law No. 2009–1523 of 10 December 2009. The Constitutional Council, inevitably called upon by virtue of Article 61 of the Constitution for the assessment of the organic bill, validated the law’s constitutionality in its decision of 3rd December 2009. Could it really have gone differently? Could anyone have believed that the Council would have cut of the very branch that was going to propel it into the heart of a completely overhauled jurisdictional system? Be that as it may, the Council perfectly values the procedural aspect of the priority so as not to (overly) harm the primacy requirement, A Levade, “Priorité n’est pas primauté ou comment

matters contesting both the constitutionality of the law and the conformity of this law to the ‘international engagements of France’, the jurisdiction first and foremost has to decide on the referral of the question of constitutionality to the Constitutional Council. Only in effect since 1st March 2010, the QPC has given rise to quite an action-packed judicial saga, centred around the problem of the articulation of referrals and so also of ‘priorities’. Although the wording of the organic law did not allow any doubt to remain by imposing the ‘constitutional priority’, the *Cour de Cassation* (France’s highest judicial court) did not hesitate to express its scepticism vis-à-vis the conformity of such a procedure to EU law. Indeed, on 16th April 2010⁹⁵, the *Cour de Cassation* referred two prejudicial questions to the Court of Justice of the EU, one of which questioned the conformity of the QPC’s priority to European Union law. Obviously, this question boldly challenged the mechanism provided by the constituent power and fine-tuned by the organic legislator. This was the trigger for a dialogue among judges characterised not only by discord, but also by concord – basically all the elements inherent to the judicial exchange of standpoints⁹⁶.

In one respect the Constitutional Council, faced with the European loyalty of the *Cour de Cassation*⁹⁷, promptly agreed to subject the QPC procedure as such to the rules of the game of European Union law, so as to defuse the politically contentious situation embodied by the decision

articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, [2010] 2 *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 229–233.

⁹⁵ Cass., 16 April 2010, No.10–40–001, *Aziz Melki* and No. 10–42.002, *Selim Abdeli*.

⁹⁶ For an attempt at conceptualizing the dialogue of the judges and how it manifests itself on the international level, see L Burgorgue-Larsen, “De l’internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l’attention de Bruno Genevois”, in *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur de Bruno Genevois* (Paris, Dalloz, 2009) 95–130.

⁹⁷ The *Cour de Cassation* merged and fully assimilated constitutionality control and conventionality control, the result of which was that any and every violation of EU law was considered to be a violation of the French Constitution. Eventually, of course, such an interpretation destroyed the constitutional priority.

of 16th April 2010. Indeed, in its decision regarding *Online games*⁹⁸, it delivered a ‘Europe-compatible’ interpretation of the QPC in order to preserve the essence of the mechanism, thereby indirectly saving its own function. In a way, this was a pre-emptive offensive⁹⁹, which was joined – obviously with a view to systemic coherence – by the Council of State in a decision of 14th May 2010, *Rujovik*¹⁰⁰. One need only read the 12th preamble of the *Online games* decision to realise to what extent the interpretation of the QPC delivered by the Council entails the eradication of what until now had seemed imperative: the priority of the Constitution¹⁰¹. Its supremacy, so fiercely stressed only a few months earlier by the Constitutional Council in its decision of 3rd December 2009¹⁰², disappeared in favour of a consensual formula introducing some flexibility (towards ordinary judges, increasing their freedom of choice) and clearly conveying a diplomatic message to the Court of Justice. This message reached its goal as the Court of Justice, in a particularly constructive spirit of concord, decided in its important judgment of 22nd June 2009, *Melki*, not to collide head-on with the French QPC system, by recognising its conformity to European Union law and simultaneously

⁹⁸ Cons. const., 12 May 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, No. 2010–605 DC.

⁹⁹ Labayle spoke of “preventive counter-fire”, H. Labayle, “Priority question of constitutionality and prejudicial question: bringing order to the judges’ dialogue”, [2010] RFD adm, 659 a.f.

¹⁰⁰ Council of State, 14 May 2010, *Rujovik c. OFPRA*, No. 312305.

¹⁰¹ It reads as follows: “Neither article 61§ 1 of the Constitution, nor articles 23§ 1 and following of the aforementioned order will obstruct the judge entrusted with a lawsuit in which the incompatibility of a law with European Union Law has been invoked, to do, at every moment, what is necessary to prevent any of the legislative clauses obstructing the full efficiency of EU standards to be applied in this lawsuit.”

¹⁰² Cons. const., 3 December 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61§ 1 de la Constitution*, No. 2009–595 DC, cons. 14: “the organic legislator has intended to ensure the respect of the Constitution and to stress its place at the top of the internal legal order; that this priority has the sole effect to impose, in any case, the order of examination of means brought up before the called-upon jurisdiction.” The commentary in the Council’s notebooks (*les Cahiers*) was eloquent: “the jurisdiction must examine the means based on conformity with the Constitution before the means based on conformity of a law with France’s international engagements.” To avoid any ambiguity, this clause confirms the priority of the QPC.

conditioning the conformity of this declaration¹⁰³. In other words, the QPC ‘does have priority as long as it is not impeded by the obligation to ensure the full effect of European Union law’¹⁰⁴. The Constitutional Council’s honour was intact. Going further still, following the recommendations of Advocate General Mazak, in the single interpretation of the ‘framework of the lawsuit’ as presented by the *Cour de Cassation*, the Grand Chamber of the Court of Justice decided to take into account the context in its entirety and to incorporate in it the ‘interpretations’ by the *Montpensier* and *Palais Royal* judges¹⁰⁵. It saved the QPC¹⁰⁶, at the cost of taking into account the ‘Europe-compatible’ interpretations of both constitutional and administrative judges.

The *Melki* judgment is a manifestation of the Court of Justice’s wish to arrive at an interpretation of French law in accordance with European Union law. This judgment was such a concession to the classics of EU case law, however, that it was quite necessary for the Court of Justice to simultaneously introduce ‘the use of coercive measures’¹⁰⁷ towards the national jurisdiction. Indeed, declaring a mechanism such as the QPC to be

¹⁰³ Case C-188/18 *Melki*, 22 June 2010, § 57.

¹⁰⁴ Hearing of J.-M. Sauvé (Vice-President of the Council of State), 1st September 2010, 9 h session, *compte rendu No. 81 Commission des lois constitutionnelles et de la législation et de l’administration générale de la République*, p. 21.

¹⁰⁵ Case C-188/18 *Melki*, 22 June 2010, §§ 48, 50, 51.

¹⁰⁶ Item 57 of the judgment clearly shows there has been a “rescue operation” because the Court begins: “In consequence, there is cause to respond to the first question asked that Article 267 TFEU opposes a legislation of a Member State implementing an incidental procedure for constitutionality control of national laws, insofar as the result of this priority character is, either before the transmission of a constitutionality question to the national jurisdiction entrusted with constitutionality control of laws or, if need be, after the decision of this jurisdiction about said question, to prevent that any other national jurisdictions exercise their faculty or satisfy their obligation to submit prejudicial questions to the Court”. The Court goes on to indicate very clearly that “On the other hand, article 267 TFEU does not oppose such a national legislation, insofar as the other national jurisdictions remain free to...” followed by a reiteration of the three conditions stemming from constitutional and administrative case law.

¹⁰⁷ D. Sarmiento, “L’arrêt *Melki*: esquisse d’un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française”, [2010] 3 *RTD eur*.

in accordance with EU law is, in and of itself, likely to generate a shockwave throughout Europe – first and foremost in Belgium, which opted for an equally far-reaching mechanism and the jurisdictions of which have also called upon the Court of Justice in order to assess the Belgian law that will introduce a similar priority mechanism¹⁰⁸. Therefore the Court demands that the Constitutional Council submit, under certain circumstances, to the working of Article 267 TFEU.

Until recently however, the Constitutional Council systematically refused to trigger Article 267 TFEU. Many authors have pointed to the technical impossibility for the Constitutional Council to activate the prejudicial mechanism within the scope of a priori abstract control of laws. The prejudicial mechanism does not apply insofar as the submission of a case does not belong to those submitting it, no ‘party’ presents itself before it, there is no ‘request’, there is not necessarily a motivation, there is no interest in taking action and no conclusions exist either¹⁰⁹. How does one then postpone giving a verdict in order to ask a prejudicial question about the interpretation or the validity of Community law? The Council reinforced these doctrinal analyses with its decision of 27th July 2006, *Copyright*, by advancing another argument: the time period. It affirmed clearly in preamble 20 that – faced with giving a verdict before the promulgation of the law within the foreseen timeframe by Article 61 of the Constitution – it was unable to call upon the EU Court of Justice. Logically, it threw the issue right back at the ordinary jurisdictions¹¹⁰. It confirmed this approach in its now-famous decision of 12th May 2010, *Online games*,

¹⁰⁸ In other words still, the fact that the Court of Justice takes a constitutional specificity into account should not contribute to the disintegration, in the medium to long term, of its jurisdiction on the outlines of referral obligations in the hypothesis of coinciding procedures, nor should it be a pretext for all kinds of rebellions in other Member States.

¹⁰⁹ J.-P. Camby [1997] 1 RDP 6–12.

¹¹⁰ It reads as follows: “20. Considering, secondly, that, faced with reaching a verdict prior to the promulgation of the law within the time allotted by article 61 of the Constitution, the Constitutional Council may not submit the prejudicial question, provided for in article 234 of the Treaty establishing the European Community, to the Court of Justice of the European Communities”. (Underlined by us).

in preamble 18¹¹¹. The current contentious configuration allows the problem to be revisited to remove these different kinds of objections. The QPC is part of a mechanism of concrete a posteriori control of the law, which has entailed a ‘jurisdictionalisation’ of the Council before which the parties plead their case, publicly and duly heard. Even if it is often repeated that the Council is judge of the law and not of the substance with this new mechanism, all the same the very nature of the control is radically different. The citizens are the main actors in the new procedure, presenting themselves as the exclusive promoters of activating it, while the judges are not authorised to take up an obvious constitutionality issue of their own accord. Then, and above all, the *obiter dictum* of the Court of Justice in the *Melki* judgment in item 54 and the effects of this *obiter dictum* in item 56 of the judgment could not be clearer. We know that the Luxemburg Court has indeed expressly broached the particular hypothesis of a grievance regarding unconstitutionality being directed at a law ‘which is limited to transposing the imperative clauses of an EU Directive’. The Court of Justice here strongly repeats its exclusive competence in ‘determining the invalidity of an act of the European Union’ (item 54). As a result, the priority attributed to the QPC is erased in favour of the ‘preliminary character’ of the question of the Directive’s validity (item 56), because if not, that would mean that the Constitutional Council

¹¹¹ It reads as follows: “18. Considering that when a law aiming to transpose a community Directive into internal law is submitted to the Constitutional Council under the conditions provided for in Article 61 of the Constitution, it is up to said council to ensure that this requirement is met. However, its control in this matter is doubly limited: firstly, the transposition of a Directive cannot run counter to a rule or a principle inherent to France’s constitutional identity, except for instances to which the Constituent power has consented; secondly, faced with reaching a verdict prior to the promulgation of the law within the time allotted by article 61 of the Constitution, the Constitutional Council may not call upon the Court of Justice of the European Union based on article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. As a consequence, only a legislative clause blatantly incompatible with the Directive it is meant to transpose can be declared as not in accordance with Article 88–1 of the Constitution. In any case, it is up to the legal and administrative jurisdictions to control the compatibility of the law with regard to France’s European engagements and, if need be, to call upon the Court of Justice of the European Union on a prejudicial basis.”

indirectly controls the validity of an act of the European Union. Also, the following mention is addressed not only to the Supreme Courts, but also to the Constitutional Council: 'Before the incidental constitutionality control of a law, the content of which is limited to transposing the imperative clauses of a Directive [...], the national jurisdictions – the decisions of which are not susceptible to a jurisdictional appeal of internal law – are in principle obliged, under Article 267 §3 TFEU, to interrogate the Court of Justice about the validity of this Directive'. Item 56 in "ne of the judgment confirms this by hinting at the timeframe – 'capturing the duration of investigations by national jurisdictions in a strict timeframe cannot foil the reference for a preliminary ruling relating to the validity of the Directive in question'. This is quite certainly a response to the technical temporal argument, stating that the very short deadlines for the Council to give a verdict make it impossible to activate the reference for a preliminary ruling (*renvoi préjudiciel*). The QPC's timeframe of three months is not an obstacle, especially when taking into consideration the accelerated procedure, which enables the Court of Justice to respond urgently to a reference for a preliminary ruling.

Looking through the lens of French constitutional case law, such a submission of the Council to the reference mechanism is at risk of significantly disturbing the case law according to which the Council does not carry out conventionality control. The case law inaugurated in 2004 and refined in 2006 – no matter what the Constitutional Council says about it in its various decisions and no matter what the majority of the doctrine may think¹¹² – very seriously erodes the foundations of the 'Voluntary Pregnancy Termination' case law. It is becoming ever more complex and delicate to establish a completely watertight barrier between constitutionality control and conventionality control. This barrier is most certainly still 'blurred' by the submission of the Constitutional Council to the reference for a preliminary ruling as imposed, it would seem, by the

¹¹² For an exception, see J Rideau, "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité: les orphelins de la pyramide", [2009] 3 *RDpub.*, 601–630.

Court of Justice. The Constitutional Council's decision of 17 December 2010 remained ambiguous. It confirmed in the first place that the Council was not competent "*in the absence of the entrenchment of a rule or principle inherent to the constitutional identity of France [...] to control the conformity of legislative provisions which are the necessary consequences of unconditional and precise provisions of a directive of the European Union with the rights and liberties which the Constitution guarantees*". The Court could have limited itself to that statement, but it further indicated that it appears to fall to the judge of the European Union exclusively to control the conformity of the directive with the fundamental guarantees of Article 6 TFEU by means of a preliminary reference procedure (para. 3).

Naturally, it came as a surprise to everyone when the Constitutional Council finally requested its first preliminary ruling from the ECJ in the case *Jeremy F*¹¹³. A teacher who was criminally charged in his home country for child abduction after having left the UK with an under-age student, Jeremy F. was the subject of a European arrest warrant addressed to French authorities. Eventually, British authorities requested to extend the consent to surrender with a view to new criminal proceedings for acts of sexual activity with a child under 16. Whereas Articles 27 and 28 of the Framework Decision require the executing Member State to take its decision no later than 30 days after receipt of the request, they do not explicitly provide for an appeal allowing to suspend execution of the decision of consent, and neither did the French law transposing the Framework Decision. Relying on Article 88-2 of the French Constitution¹¹⁴, which refers to EU statutes, the Constitutional Council considered that it could not determine the constitutionality of the absence of an appeal without clearly determining whether or not the Framework Decision itself precluded national authorities from providing for such an appeal. In its judgment¹¹⁵, the ECJ's Grand Chamber granted the

¹¹³ CC, DC nr. n° 2013-314P QPC, *Jeremy F.*, 4 April 2013.

¹¹⁴ "Statutes shall determine the rules relating to the European arrest warrant pursuant to acts adopted by the institutions on the European Union."

¹¹⁵ ECJ, *Jeremy F. v. Prime Minister*, 30 May 2013, Case C- 168/13 PPU.

Constitutional Council's application for the request to be dealt with under the urgency procedure, and noted that the Framework Decision's wording does not preclude Member States to provide for an appeal. However, it also stated that "*to ensure the consistent application and interpretation of the Framework Decision, any appeal with suspensive effect provided for by the national legislation of a Member State [...] must, in any event, comply with the time-limits laid down in Article 17 of the Framework Decision for making a final decision*" (§74). Thus, although an appeal is theoretically possible, the Court's judgment hints to practical difficulties that the Council failed to address in its request for a preliminary ruling. Nonetheless, the Council took the ECJ's judgment into account and concluded that the absence of any right to appeal in the given context was unconstitutional¹¹⁶.

The mini-saga has kept French constitutionalists and EU law experts alike busy¹¹⁷ and was immediately praised as an example for

¹¹⁶ CC, DC nr. 2013-314 QPC, *Jeremy F.*, 14 June 2013.

¹¹⁷ Cf. *inter alia* : M.-C. De Montecle: Première question préjudicielle du Conseil constitutionnel à la CJUE, *L'actualité juridique ; droit administratif* 2013 p.711 ; D. Rousseau: L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen, *Gazette du Palais* 2013 n° 125 à 127 Jur. p.13-16 ; D. Berlin : Dans le silence du texte, ce qui n'est pas interdit est permis... voire préconisé, *La Semaine Juridique - édition générale* 2013 n° 25 p.1229 ; J. Bonichot : Le Conseil constitutionnel, la Cour de justice et le mandat d'arrêt européen, *Recueil Le Dalloz* 2013 p.1805-1809 ; F. Chaltiel Terral, : Le dialogue se poursuit entre la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel, *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique* 2013 n° 149 p.4-14 ; C. Mauro: La Cour de justice de l'Union européenne revient sur le mandat d'arrêt européen, *La Semaine Juridique - édition générale* 2013 n° 29-34 p.1456-1459 ; D. Simon: Mandat d'arrêt européen. Réponse de la Cour de justice au renvoi préjudiciel historique du Conseil constitutionnel français : consécration du droit au recours juridictionnel, mais dans des limites complexes, *Europe* 2013 Juillet Comm. n° 7 p.22-23 ; M. Aubert, E. Broussy, H.. Cassagnabère: *Chronique de jurisprudence de la CJUE*. « D'un F qui veut dire futur... ». L'arrêt F. illustre ce que pourrait être un avenir radieux du dialogue des juges, même autour de la question toujours sensible des droits fondamentaux que les constitutions garantissent, *L'actualité juridique ; droit administratif* 2013 p.1686-1688 ; A. Levade: Premier arrêt sur renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel : ce que la Cour de justice dit... et ne dit pas, *Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué* 2013 p.189-194 ; H. Labayle, R. Mehdi: Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel, *Revue française de droit administratif* 2013 p.691-702.

judicial dialogue. As a first gesture of judicial cooperation, the Constitutional Court's approach indeed has to be welcomed, as opposed to its usual refusal to go beyond a defensive attitude insisting on the respect of the French constitutional identity.

However, one cannot but notice the limited consequences of the French constitutional judge's request for a preliminary ruling, concerning the evolution of judicial dialogue as well as substantial EU law fostering human rights guarantees. On the one hand, the Constitutional Court's President Jean-Louis Debré has insisted on the very specific basis of the question, *i. e.* Article 88-2 of the French Constitution¹¹⁸. Thus, *Jeremy F.* does not in itself guarantee the triggering of Article 267 TFEU in any other context than questions relating to the European arrest mandate¹¹⁹. Furthermore, if the Constitutional Council were to extend its approach to other problems, it has to be noted that the ECJ only accepted the request for an urgency procedure in light of *Jeremy F.*'s personal situation¹²⁰, meaning that it could refuse to recognise urgency on purely procedural issues. Finally, it has to be noted that, although the very limited time period imposed on judicial authorities to take a decision could be analysed as making it virtually impossible to provide for an appeal, the Constitutional Council abstained from questioning the validity of the provisions of the Framework Decision. As President Debré has confirmed¹²¹, it did so on purpose since it did not consider itself to qualify as a judge concerned by Article 267 TFEU - an attitude that reveals a lot about the Constitutional Council's reluctance to fully play its role as a European judge... In that context, it seems that the French constitutional judge has a lot to learn from his homologues, as one can easily see when comparing its attitude to the far more human rights based approach of the

¹¹⁸ J.-L. Debré, "Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne", *op. cit.*

¹¹⁹ Except maybe for cases relating to the CC's afore-mentioned competence as an electoral judge.

¹²⁰ ECJ, *Jeremy F.*, *op. cit.*, pts. 29-32.

¹²¹ J.-L. Debré, "Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne", *op. cit.*: "the Constitutional Council is not a Community judge".

Spanish *tribunal constitucional* in the already famous *Melloni* case¹²². Of course, only the future can tell if the Constitutional Council's attitude will evolve in a more active and constructive direction, but it certainly seems indispensable in light of the necessity of a dialectic multilevel interpretational process guaranteeing an effective protection of fundamental rights.

IV. THE ROLE OF PARLIAMENT IN ENFORCING INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Aside from the influence of the ECJ's and the ECtHR's case law on parliamentary debates from a purely political point of view, constitutional law bestows a particular responsibility upon Parliament regarding the enforcement of EU law as well as human rights guarantees.

Regarding EU law, the Lisbon Treaty empowered national legislators by providing for a mechanism to monitor the respect of the principle of subsidiarity and seize the ECJ in case of its violation, which is mirrored by Article 88-6 of the French Constitution. This possibility can be described as the "negative" aspect of Parliament's role in the EU integration process. However, there is also a more positive aspect, resulting from the Constitutional Council's case law. On the one hand, the Council has determined in its interpretation of article 88-1 of the Constitution that Parliament is under a constitutional obligation to translate EU directive into national law¹²³, thereby assuring its full participation in the integration process. On the other hand, although the Council has opposed itself to any violation of France's "constitutional identity" in its decision of 12th May 2010, *Online games*, it did so while (at least implicitly) admitting that the constituent can shape said

¹²² ECJ, 26 February 2013, *Melloni*, Case C-399/11.

¹²³ Cons. const., 10 June 2004, *Economie numérique*, No. 2004-496 DC.

“constitutional identity”¹²⁴, and thereby prevent a collision between EU law and constitutional law. Thus, no clear limit results from constitutional law concerning the delegation of competences to the EU.

Regarding human rights guarantees, it should be noted that the Constitution bestows upon Parliament the competence to take the necessary legislative measures to ensure the protection of the rights enshrined in the *bloc de constitutionnalité*¹²⁵. Even though there is no constitutional obligation to formally translate international human rights treaties into national law, and even though said treaties are not formally part of the set of constitutional standards, the substantial identity of provisions and the prominent status of ECtHR’s case law as a source of inspiration for the Constitutional Council allow us to consider that part of Parliament’s constitutional mission is to assure that national legislation fully guarantees the effectiveness of international human rights treaties¹²⁶. This line of reasoning would contribute to a proactive approach, which does not only insist on the ordinary judges’ obligation to leave laws violating the provisions of international human rights treaties unapplied, but also requires Parliament to be more attentive to the ECtHR’s evolutive case law in view to prevent future sanctions.

BIBLIOGRAPHIE

ALBERTON G., “De l’indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité?”, *RFD adm.*, 2005, 249–268

ALBERTON G., “Peut-on encore dissocier exception d’inconstitutionnalité et exception d’inconventionnalité?”, *AJDA*, 2008, 967

¹²⁴ Cf. *supra* note 111.

¹²⁵ This results from Article 34 of the Constitution, which defines the legislator’s competence.

¹²⁶ Cf. V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, LGDJ, 2009, p. 51.

BADINTER R., "La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel", in P. Mahoney (ed), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne / Protecting human rights: the european perspective, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 79–85

BADINTER R., "L'exception d'inconstitutionnalité" in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, 39–49

BARBE V., *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, LGDJ, 2009, 51

BERLIN D., « Dans le silence du texte, ce qui n'est pas interdit est permis... voire préconisé », *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013, n° 25, 1229

BON P., "Récuser un membre du Conseil constitutionnel", *Dalloz*, 2009

BON P., "Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007", *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, 72–73

BONICHOT J., « Le Conseil constitutionnel, la Cour de justice et le mandat d'arrêt européen », *Recueil Le Dalloz* 2013, 1805-1809

BURGORGUE-LARSEN L., "L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Belge de Droit constitutionnel*, 2001, 31–64

BURGORGUE-LARSEN L., "Les standards : normes imposées ou consenties ?", in M. Fatin-Rouge Stefanini, G. Scoffoni (eds.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, Presses Univ. d'Aix Marseille, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 2013, 15-30

BURGORGUE-LARSEN L., "De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois", in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, 95–130

BURGORGUE-LARSEN L., “L’influence de la Convention européenne sur le fonctionnement des Cours constitutionnelles”, *Revue internationale de droit comparé*, 2008, 2, 265–282

BURGORGUE-LARSEN L., “Le face à face entre le juge constitutionnel et la Cour européenne”, note *sub* ECHR, 21 October 1997, *Pierre-Bloch c. France*, *AJDA*, 1998, 65–71

BURGORGUE-LARSEN L., “Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) sur la base du projet de loi organique appliquant l’article 61§ 1 de la Constitution”, *RFD adm.*, 2009, n°4787–799

BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, Bruylant, Brussels, 2007

CARCASSONNE G., “Le Conseil constitutionnel et la CEDH”, *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 2002, 231–239

CHALTIEL TERRAL F., « Le dialogue se poursuit entre la Cour de justice de l’Union européenne et le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 2013, n° 149, 4-14

COHEN-JONATHAN G., “La France et la CEDH – Synthèses et perspectives” *Europe*, 1999, October, 32

DEBRÉ J.-L., “Le Conseil constitutionnel et le droit de l’Union européenne”, interview with D. Simon, *Europe*, 2013, n°7

DORD O., “Systèmes juridiques nationaux et Cours européennes – De l’a,rontement à la complémentarité”, *Pouvoirs*, 2001, n°96, 5–18

DUTHELLET DE LAMOTHE O., “Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme”, *Le dialogue des juges. Mélanges en hommage au Président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, 403–417

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité", *Mélanges en l'honneur du Président Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, 315–327

FAVOREU L., "Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du 'droit constitutionnel international'", *RGDIP*, 1993, 39–65.

GAIA P., "Les interactions entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme", *RFDconst.*, 1996, No 28, 725 a.f.

GAUTIER M., "La question prioritaire peut-elle rester prioritaire?", *RFD adm.*, 2010, 449–466.

GUILLAUME M., "Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité", *Les petites affiches*, No. 38 and *Gazette du Palais* No. 54 of 23 February 2010

JACQUELOT F., "La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel", *AJDA*, 2010, 951

LABAYLE H., "Priority question of constitutionality and prejudicial question: bringing order to the judges' dialogue", *RFD adm.*, 2010, 659 a.f.

LABAYLE H., MEHDI R., « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit administratif*, 2013, 691-702

LEVADE A., "Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité", *Constitutions*, 2010, 229–233

LEVADE A., « Premier arrêt sur renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel: ce que la Cour de justice dit... et ne dit pas », *Constitutions*, 2013, 189-194

LUCHAIRE F., CONAC G., PRÉTOT X. (eds), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2009

MAURO C., « La Cour de justice de l'Union européenne revient sur le mandat d'arrêt européen », *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013, n° 29-34, 1456-1459

MIRKINE-GUETZEVITCH B., *Droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933

PICARD E., “Vers l’extension du bloc de constitutionnalité au droit européen?”, *RFD adm.*, 1993, 47

RIDEAU J., “Constitution et droit international dans les Etats membres de l’Union européenne”, *RFDC*, 1990, 2, 259–296

RIDEAU J., “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité: les orphelins de la pyramide”, *RDpub*, 2009, 3, 601–630

ROUSSEAU D., “La question préjudicielle de constitutionnalité: un big bang juridictionnel?”, *RDPub.*, 2009, 3, 631–644

ROUSSEAU D., « L’intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gazette du Palais*, 2013 n°125-127, 13-16

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2010

ROUSSEAU D., Sudre F. (eds.), *Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, STH, 1990

ROUX J., *Droit général de l’Union européenne*, Paris, Litec, 2010

RUBIO LLORENTE F., “La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions européennes”, *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, 1401

SARMIENTO D., “L’arrêt Melki: esquisse d’un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française”, *RTD eur.*, 2010, 3.

SCHNAPPER D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010

SIMON D., « Mandat d'arrêt européen. Réponse de la Cour de justice au renvoi préjudiciel historique du Conseil constitutionnel français : consécration du droit au recours juridictionnel, mais dans des limites complexes », *Europe*, 2013, July, Comm. n° 7, 22-23

SUDRE F., "Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme", *RDpub.*, 2009, 3, 671-684

TAVERNIER P., "Le Conseil constitutionnel français peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme?", *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, 255-273

VERPEAUX M., "Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales", *AJDA*, 2010, 1594

Primacy of supranational law and supremacy of the Constitution in the Italian legal system

*Luca Mezzetti**

*Francesca Polacchini**

SUMMARY. 1. The relationship between national and supranational legal systems in Italy. 1.1. The relationship between national and international legal system. 1.2. The references to International law in the Italian Constitution. 1.2.1. Article 10, paragraph 1 of the Constitution: the incorporation of customary international law in the Italian legal system. 1.2.2. The incorporation of international agreements into the Italian legal system. 1.3. The relationship between European Convention on Human Rights (ECHR) and the Italian legal system. 1.3.1. *Segue*. The Supreme Court of Cassation's point of view. 1.3.2. *Segue*. The Tar and Council of State's point of view. 1.3.3. *Segue*. The Italian Constitutional Court's point of view. 1.3.3.4. The constitutional jurisprudence prior to the constitutional amendment of Article 117 of the Constitution. 1.3.3.5. The constitutional jurisprudence after the constitutional amendment of Article 117 of the Constitution. 1.3.3.5.1. The duty of consistent interpretation with ECHR's provisions. 1.3.3.6. The adaptation of the Italian legal order to the obligations under the ECHR and to the Strasbourg Court's decisions. 1.3.3.7. The overcoming of the final criminal judgment in breach of the ECHR. 1.4. The relationship between national and EU law. 1.4.1. Italian participation in the formation and implementation of EU's legislation and policies. 1.4.1.1. General provisions. 1.4.1.1. The EU law-and-policy-making process. 1.4.1.2. The new modality of implementation of EU Law.

* Full Professor of Constitutional Law, Faculty of Law, University of Bologna; paragraphs 1.3.1. and from 1.4. to 1.4.1.2. (pagg. 19-23, 40-50).

** Postdoctoral Research Fellow of Constitutional Law, Faculty of Law, University of Bologna; paragraphs from 1 to 1.3. and from 1.3.2. to 1.3.3.7. (pagg. 1-19, 23-40).

1. The relationship between national and supranational legal systems in Italy.

1.1. The relationship between national and international legal system.

The incorporation of international law into the Italian legal system concerns the techniques used in our system in order to allow the working of international rules¹.

In general, with regard to the relationship between international and domestic law, two theories can be proposed: the monistic and the dualistic theory.

On the one hand, the monistic thesis, according to which international law and national law of each State must be considered as a part of a unified system of norms; on the other hand, the dualist thesis, according to which domestic law and international law are two separate and independent legal systems. As a consequence of this, international norms are not directly applicable in the Italian legal system, where they assume efficacy according only to a process of incorporation.

The logical and juridical prerequisite from which the two hypotheses stem is antithetic. Monism asserts the unity of legal systems, dualism states their separation.

Monism appears in many forms, the most important of which were given by the Viennese School, its greatest proponent being Hans Kelsen.

In general, the monistic theories are characterized by the idea of a

¹ IVALDI P., *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in CARBONE S. M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (edited by), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Turin, 2011, p. 132 ss..

structural homogeneity between the international and national legal experience.

The unified scheme in which the various sources of law are subsumed is built up as a pyramid scheme in which each norm draws its foundation from the higher norm.

According to the internationalist version, by Kelsen's conception, the national law therefore draws its foundation from international law, the founding principles of which lie on the higher level.

Therefore this model tends to build the international order as an expression of a more ample and prevalent juridical experience than that of the States². It expresses the idea of continuity between national legal systems (of partial character) and international order (of universal character) united within a unitary conception of the legal phenomenon. The postulate of the unity involves the configuration of the normative system as a single process of juridical production structured by normative levels hierarchically ordered, in which "*each degree ... constitutes ... at the same time ... production of norms with respect to the lower step and reproduction of norms with respect to the higher*"³. Through the referencing of the concept of sovereignty not to the State, but to the system of norms and through a rigorous application of the principle of non-contradiction logic, Kelsen configures international and national system as the product of a single fundamental norm (*Grundnorm*) from which, according to the *Stufenbau* method, all the norms of the single legal system can be derived. The unity of law and the connected supremacy of international law signify for Kelsen that the international system includes all other systems – the State system in particular -, and has a higher place than them, because the fundamental norm has an international nature⁴. The Kelsenian theory postulates a normativistic declination of sovereignty. This is configured as

² CANNIZZARO E., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 2011, p. 451 ss.

³ KELSEN H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in ID., *La Giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milan, 1981, p. 148.

⁴ ZOLO D., *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in *Fil. pol.*, 1998, 2, p. 3.

a predicate of the legal system, not of the State. In the context of the relationships between legal orders, the national system must be considered as encompassed in the international one, in the sense that the former constitutes a part of the latter. For Kelsen⁵, the postulate of the unity of national and international law, as a consequence of the more general assumption of unity-exclusivity of the legal system as a whole, implies that they take shape as two moments of the single process of normative production. In Kelsen's perspective, national law isn't that of a partial system with respect to the universality of the international system and is given full juridical legitimacy and validity from the international system. The primacy and the direct effect of international norms on the national legal system consequently emerge from such theoretical view⁶.

The dualistic view, however, confers character of autonomy and originality to each legal system⁷. None of them draws from the other the foundation of its juridical legitimacy and, accordingly, each one determines its relationship with the other legal system in an autonomous way. Both international and national legal order are considered distinct and reciprocally independent in their own formal and material spheres, drawing their origin from different fundamental norms and are, as a consequence, able to exclusively regulate the relationship of their own competences.

Dualistic theory represents an expression of the principle of exclusivity of the legal orders. According to this principle, characteristic of legal positivism, an original order is necessarily unique because it recognizes solely as legal the rules formed according to prefigured procedure⁸. Each order unilaterally defines the legal *status* of its norms, which are, therefore, the only norms with juridical validity for that system.

⁵ KELSEN H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milan, 1989, p. 303 ss.

⁶ SCHILLACI A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Naples, 2012, p. 170.

⁷ SINAGRA G., BARGIACCHI P., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milan, 2009, p. 15.

⁸ CANNIZZARO E., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 2011, p. 453.

The separation between international and national legal sphere emerges from the aforementioned principle of exclusivity, jointly with the premise of the autonomy of each order. These elements are present in the structure of the theoretical dualist model from outset, whose original construction can be traced back to Heinrich Triepel⁹.

The Italian Constitutional Court (henceforth referred to as CC) has traditionally adhered to the dualistic view (CC, decision no. 102/2008). In close connection with the basic premises of dualistic thought and, in particular, on the account of the impossibility to recognize international treaties as a part of the domestic legal system, the doctrine of the incorporation drawn its basic features in the early decades of the twentieth century, has been developed. The theory of the incorporation takes as a premise of its theoretical framework that international obligations bind on the State solely in the sphere of international law. If the fulfillment of these obligations entails a modification of the internal system, the States must make their own system conform to obligations imposed by international law through a domestic legal act, the only ones able to regulate the juridical positions of the individuals of their legal system. The treaty-incorporation process is therefore developed in the necessary legislative modifications so as to implement the international obligations within the national legal system¹⁰. Another factor which must be taken into account with reference to the incorporation of international treaties into the domestic legal system concerns the ways in which international law is implemented into the domestic order.

In this regard, the Italian legal system recognizes three procedural mechanisms: the ordinary procedure and two special procedures. Through the ordinary method, international provisions are reformulated by a domestic act, taken in the manner generally required by the Italian order to regulate a given matter and in accordance with the

⁹ TRIEPEL H., *Diritto internazionale e diritto interno*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Turin, 1913.

¹⁰ CANNIZZARO E., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 2011, p. 449 ss.

form required by the national legislation. Such act amends the national legislation, if necessary, to implement international rules. The incorporation takes place through constitutional, legislative, administrative acts that reformulate international provisions. The choice of the type of act to be adopted depends on the domestic matter in which the normative changes necessary in order to adapt the national legal system to international obligations must be made. However, the practice shows that the implementation has taken place almost exclusively through legislative enactment¹¹. This procedure operates with reference to international treaties and is normally used in order to implement non-binding agreements, non self-executing provisions or when the Italian constitution provides that the matter of the international rule must be regulated by ordinary law (in Italian '*riserva di legge*'), as it occurs, for example, in criminal matters, in accordance with Art. 25 of the Italian Constitution¹².

The special procedures are the execution order (in Italian '*ordine di esecuzione*') and the automatic mechanism of incorporation, provided by Article 10, par. 1 of the Italian Constitution. Both achieve a reference, of various kinds, respectively, to another source of law or a single international provision. In general, the reference operates when a rule does not directly discipline the case to which it relates, but shows to the recipients and bodies of the application of law which other rules or sources of law contain such regulation. The reference is called "fixed" or "material" when its object is a single rule or a specific set of rules. The reference is called "flexible" or "formal" when it relates to a source of law¹³. The incorporation by virtue of the execution order operates a fixed or material reference to a given international provision or set of international rules. The object of the reference is not another source of law but one or

¹¹ BONOMI A., *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Giappichelli, Turin, 2008, p. 87.

¹² SALERNO F., *Diritto internazionale. Principi e norme*, Cedam, Padua, 2011, p. 362.

¹³ PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Rome, 2011, p. 235; GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milan, 2010, p. 128; SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padua, 2009, p. 37.

more provisions in force at that particular time¹⁴. The execution order consists of a provision contained in an internal act, with which, according to a formula which has become ritual, full and complete effect to the provisions of a treaty, the text of which is attached to such an act for purposes purely cognitive is given¹⁵. Relating to the matters listed in Art. 80 Const. (*infra*), the legislative practice shows that the law authorizing the ratification of a treaty orders, at the same time, the domestic execution of that treaty.

The automatic mechanism of incorporation, instead, operates when an internal provision (constitutional or ordinary) provides for the automatic incorporation of international sources of law. In this case there is no need for further action of the legislator, with the exception of measures made necessary by the non-self-executing character of international norms. Such a mechanism allows the domestic legal system to change and comply continuously and fully with international rules¹⁶ because the reference operates with respect to another source of law, so that the case will be governed by the relevant rules which from time to time will be dictated by such source¹⁷. As it will be clarified, this process of incorporation operates in the Italian system only with reference to international customary law, by virtue of Art. 10, par. 1 of the Italian Constitution.

Between the two special aforementioned procedures there is a significant difference from the point of view of the application of the law. In the case of the execution order, the legal operator must apply the rules derived from the act to which is made reference as if it were internal rules. It follows a twofold corollary: a) each subsequent instance of the norm in the system of provenance is immaterial; b) the usable criteria required for interpretation are those of the referencing system, in this case the Italian

¹⁴ BIN R., PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Turin, 2012, p. 92; GUASTINI R., *op. cit.*, p. 454.

¹⁵ CICONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Turin, 2007, p. 37.

¹⁶ CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 287.

¹⁷ GUASTINI R., *op. cit.*, p. 454.

system. Conversely, in the case of “flexible” reference, the system adopts the norm as it “lives” in the system of provenance. Therefore: a) the modifications that are of interest to the norm have repercussion on the referencing system; b) the norm must be interpreted according to the system of provenance.¹⁸.

With regard to the incorporation of international treaties and from the point of view of the international law and its correct implementation, some scholars¹⁹ highlight the preference for the special procedure. In fact, differently from what happens in ordinary proceedings, through the special method the domestic norm operates a reference to the international rule. Thus the legislator or the administrative body, simply ordering the observance of international provisions, ensure the most precise application of international law. However, the legislator may resort to such a procedure only for the self-executing rules, that contain all the elements necessary and sufficient for the creation of rights and obligations within the national order, and not with reference to non self-executing rules. For the latter it is necessary the ordinary procedure, to a reformulation of the international norms in an internal act, in order to provide them of all the elements essential to its working²⁰.

1.2. The references to international law in the Italian Constitution.

The Italian Constitution includes references to international and EU law. Examples are the constitutional clauses on the powers of State organs in foreign affairs, especially with regard to the conclusion of international treaties. On the subject of the sources of law, the provisions which have been taken in account are Articles 10, 11 and 117 Cost.

¹⁸ BIN R., PITRUZZELLA G., *op. cit.*, p. 92.

¹⁹ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Naples, 2013, p. 309.

²⁰ LEANZA U., CARACCILO I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Giappichelli, Turin, 2012, p. 266.

Art. 10, par. 1 of the Constitution states that *“The Italian legal system conforms to the generally recognized principles of international law”*. As the Constitutional Court has clarified and specified in numerous judgments, the words “generally recognized principles of international law” only refer to consuetudinary law and determine the automatic adaptation of the Italian legal system to the same. Therefore, the ECHR, as a written international law, is not encompassed within the governing sphere of Art. 10, which cannot be used as a norm recognizing constitutional value to the ECHR. So, the privileged constitutional *status* of the international generally recognized rules is not extendable to international obligations undertaken by the State with an international treaty, including the ECHR. The CC ruled that *“Article 10 par. 1 of the Constitution, which mandates automatic compliance of the domestic legal order with generally recognized rules of international law, deals exclusively with general principles and rules of a customary nature [...] whilst not including norms contained in international agreements which do not represent customary principles or rules of international law”* (decision no. 349/2007).

Article 11 provides that *“Italy [...] agrees to limitations of sovereignty where they are necessary to allow a legal system of peace and justice between nations, provided the principle of reciprocity is guaranteed”*. This provision, which was originally conceived to justify Italy’s membership in the United Nations, has been used by the CC as the constitutional basis for the doctrine of the supremacy of EU law over national (even constitutional) law and the direct effect of EU law in the Italian legal system. EU membership imposes limitations of sovereignty for goals that clearly go beyond ‘peace and justice between nations’. Thus, the Court was forced to ‘manipulate’ the original meaning of Article 11 in order to allow further sovereignty limitations²¹. To combine the ECJ’s primacy doctrine over national (even constitutional) law with the need to

²¹ MARTINICO G., *Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *The European Journal of International Law*, 2012, p. 405.

protect fundamental rights on a constitutional level²², the CC elaborated the counter-limits doctrine: the penetration of EU law meets the limit of the respect of fundamental principles and inviolable rights of the national legal system (decision nos. 183/1973, 170/1984). If an EU provision conflicts with these parameters, the CC can strike out the national act of execution of EU Treaty, thus causing a “break” between national and supranational legal order. Nevertheless, as the CC has clarified, Art. 11 cannot be used as a reference to ECHR dispositions “*because it is not possible to identify in the specific treaty provisions under examination any limitation on national sovereignty*” (decision no. 188/1980). As the CC ruled, “*by adhering to the Community treaties, Italy became part of a broader supra-national “legal order”, ceding part of its sovereignty, including legislative powers, in the fields covered by those treaties, subject only to the limit of the mandatory nature of the principles and fundamental rights guaranteed in the Constitution [...]*”. The same cannot be stated with respect to the ECHR, as it “*does not create a supra-national legal order and does not therefore produce provisions directly applicable in the signatory States*” (decision no. 348/2007).

Finally, Art. 117, par. 1 rules that “*The legislative power belongs to the State and the Regions in accordance with the Constitution and within the limits set by European Union law and international obligations*”. As we will see, the CC found in this norm the disposition that confers to the ECHR a value of interposed norm, that is, a rank between parliamentary statutes and Constitution.

With reference to the formation of treaties and agreements (the conventional international law), the Constitution simply provides in Art. 80 that “*The Houses of Parliament authorize by statute the ratification of the treaties that are by nature political, or provide for arbitrations or judicial settlements of disputes, or involve variations in the state territory or burdens*

²² MARTINICO G., POLLICINO O., *Report on Italy*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (edited by), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, p. 282 ss.

on the state finances or modifications in the statutory law". Further, Art. 87 the Constitution provides that: "[t]he President of the Republic... ratifies the international treaties, after they have been authorized by the Houses, if the Constitution so requires".

Regarding the competences of Regions in matters of international relations, Art. 117, par. 5 Const. provides that "*Regarding the matters that lie within their competence, the Regions and the Autonomous Provinces of Trento and Bolzano participate in any decision on the formation of community law and provide for implementation and execution of international agreements and of the acts of European Union, in accordance with the procedures established by State law, which governs the procedures for the State to act in substitution of the Regions in the event of non-fulfillment*". In addition, Art. 117, par. 9 rules that "*Within its field of competence the Region may establish agreements with foreign states and understanding with territorial entities that belong to a foreign state, in the cases and forms provided for by State law*". Lastly, Art. 120, par. 2 states that "*The Government may act as a substitute for regional, metropolitan city, provincial or municipal authorities whenever the latter should violate international rules or treaties or community law [...]. the law defines appropriate procedures in order to guarantee that substitution powers are exercised within the limits set by the principles of subsidiary and fair cooperation*".

1.2.1. Article 10, paragraph 1 of the Constitution: the incorporation of customary international law in the Italian legal system.

The Constituent Assembly has raised the full compliance with the obligation of general international law to the degree of fundamental principle of the Italian Constitution.

Art. 10, par. 1 of the Constitution states that "*The Italian legal system conforms to the generally recognized principles of International*

law". By virtue of such a norm, the Italian legal system complies to the international customary law through in pursuant to an automatic and permanent procedure. In this way, international customary law become binding into domestic law *ipso facto*, that is, for the mere simple of their development in the context of the international community²³.

According to the prevalent literature, Art. 10, par. 1 has the peculiarity of not contemplating an act or fact as able to create norms, but itself gives rise to the birth, amendment or extinction of the domestic norms, obtaining them from the rules of international law. This method therefore takes the shape of a special procedure of incorporation or flexible reference. In fact, Art. 10, par. 1 not only provides the obligation to implement international customary law, but also directly and automatically provides its incorporation into domestic law. The special method of incorporation settled by such a norm ensure prompt, immediate and constant compliance of the Italian legal system with international customary law, so such a rule of this source of law can be applied as it comes into existence. This operation is realized in two ways: first, by referring to the customary international norms in their content and meaning, and second, by stating, albeit implicitly, the criterion that each legal operator must obtain domestic norms from the international ones²⁴. All domestic institutions and organs, especially national courts, must verify the existence and the content of the international customary rules and the changes that their automatic incorporation will produce in the Italian legal system. They must compare the content of international customary law with the content of domestic law in order to establish which domestic rules have been amended or have come into force in order to fulfill the

²³ CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 290.

²⁴ MONACO R., CURTI GIALDINO C., *Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, Utet, Turin, 2009, p. 344 ss.

international obligation²⁵.

The mechanism of Art. 10, par. 1 is one of the special procedures of transformation, among which three characteristics stand out: it is established by a constitutional provision and it is an unwritten source, whose results it is up to the interpreter to see²⁶. The reasons which led the Constituent Assembly to govern (with a provision *ad hoc*) the relationship with international customary law should probably be identified in the belief that the rules with general recognition express tendencies and basic guidelines of the international community. In case of non-compliance, the Italian State would be led into a condition of isolation²⁷.

According to the consistent constitutional jurisprudence, Art. 10, par. 1 refers to solely customary international rules applicable to all States and not those of the treaties. As the CC clarified in the decision no. 349/2007, "*Article 10 par. 1 of the Constitution, which mandates automatic compliance of the domestic legal order with generally recognized rules of international law, deals exclusively with the general principles and rules of a customary nature [...] whilst not including norms contained in international agreements which do not represent customary principles or rules of international law*". Such a provision requires courts to apply international customary rules through reference procedure. In this way, the generally accepted international standards become part of the Italian legal system as soon as they are formed in the international community and without the need for additional specific national regulatory acts for each rule which from time to time must be applied. The incorporation process established by Art. 10, par. 1 has, in fact, three main characteristics. First, the incorporation is complete because it introduces into the Italian order all the changes necessary to conform domestic law to the customary rule. Second, the incorporation is continuous because each event that changes

²⁵ CATALDI G., *Italy*, in SHELTON D. (edited by), *International Law and Domestic Legal System. Incorporation, Transformation and Persuasion*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 343; IVALDI P., *op. cit.*, p. 147.

²⁶ CAPOTORTI F., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1995, p. 186.

²⁷ CANNIZZARO E., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 2011, p. 449 ss.

or terminates the customary rule implies a modification of the domestic order. Last, the incorporation is immediate because it takes place at the very moment in which a customary rule grows in the international community²⁸.

The underlying *ratio* of Art. 10, par. 1 has recently been specified by the CC in the decision no. 129/2008: “*Art. 10, paragraph 1 of the Constitution, with the term “generally recognized rules of international law” deals with customary law, and require automatic compliance of the domestic legal order with the same. The fact that the international order as a whole observes such rules justifies the assumption that also the domestic order must comply with such rules. This is to prevent an intolerable lag about the national implementation of principles universally established and, therefore, common heritage of the nations”*.”

Stated that Art. 10, par. 1 refers only to the international customary rule, it should be clarified when we are in the presence of this type of source. These are non-written rules of conduct spontaneously followed by the international community as a whole, which find, therefore, their foundation in a social fact, that is, in the spontaneous recognition as a law by the subjects of the international community²⁹. This definition is in accordance with the provisions of Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice, under which: “*The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply [...] international custom, as evidence of a general practice accepted as law*”. The description of international custom in this provision addresses both the traditional elements of custom. First, the objective element, namely the constant repetition over time of a given conduct by the international community (*diuturnitas*). Second, the subjective requisite, that is, the conviction that the observance of such a practice is legally binding (*opinio juris et necessitatis*).

²⁸ MONACO R., CURTI GIALDINO C., *op. cit.*, Utet, Turin, 2009, p. 344 ss.

²⁹ LUZZATTO R., *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (edited by), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Turin, 2011, p. 49.

The necessity of the presence of both elements has been highlighted by the International Court of Justice in *Delimitation of the North Sea Continental Shelf* case (decision of 20 February 1969) (Denmark - Netherlands - Federal Republic of Germany), which can be considered the leading case on the subject of the formation of customary international rules. As it has been explained by the Court: “*Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitua1 character of the acts is not in itself enough*”.

So, customary international law refers to international obligations arising from established State practice, as opposed to obligations arising from formal written international treaties.

A process of creation and training of its rules, contemplated and regulated by law, is missing. The translation of customary rules in a written form, e.g. for the purposes of codification of law, never enters into the creative process of the customary rule and it remains a phenomenon distinct from the latter, accompanying it, but not overlapping it³⁰.

In addition to the international practice, the general principles of law recognized by civilized nations (ICC, decision no. 48/1967) and *jus cogens* principles³¹, i.e. peremptory norms of general international law (e.g. norms regarding the self-determination of peoples, humanitarian law, such as prohibitions of genocide, slavery, torture and racial discrimination) are related to the scope of Art. 10, par. 1³². These rules are identified by Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,

³⁰ LUZZATTO R., *op. cit.*, p. 50.

³¹ RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Turin, 2013, p. 237.

³² CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 199.

1969: “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”. Subsequent Art. 64 states that “If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.”

However, the application of Art. 10, par. 1 to the particular international customs, i.e. those rules of general application, but only within a group of countries homogeneous for geopolitical reasons, is more uncertain³³. Some scholars consider that they do not belong to the category of “generally recognized rules of international law” contemplated by Art. 10, par. 1 and, therefore, exclude that they could be implemented by the mechanism of automatic incorporation³⁴. In the opposite direction, it is observed that the particular international customs have a well-defined subjective sphere, emerging from a context whose components are limited in number. It follows that the generally recognized nature of a customary rule refers to entirety of the subjects belonging to the limited social context in which the rule arise. Hence, Art. 10, par. 1 may also cover the particular customary rules binding Italy³⁵.

With regard to the rank of general international rules incorporated by virtue of Art. 10, par. 1, they acquire the value of constitutional principles. In this way, in case of conflict, customary international rules prevail on domestic rules having sub-constitutional force. This principle was upheld by the CC

³³ CANNIZZARO E., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 2011, p. 247.

³⁴ CAPOTORTI F., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1995, p. 187.

³⁵ MONACO R., CURTI GIALDINO C., *op. cit.*, Utet, Turin, 2009, p. 347; TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milan, 2005, p. 662.

through different judgments, such as in the decision *Penso e Baracchini* (67/1961) e *Guerrato* (135/1963)³⁶.

With reference to the relationship between international customary law and constitutional provisions, the best doctrine considers that Art. 10, par. 1 requires the conformity of the Italian legal system as a whole (and thus, also the Constitution) with the generally recognized principles of international law. Therefore, such a norm endorses the priority of the latter even over conflicting constitutional norms³⁷, with the exception of the fundamental principles and inviolable human rights (known as 'counter-limits')³⁸. However, in the *Russel* case (decision no. 48/1979) the CC found a solution based on a distinction between international customary rules existing prior to the Constitution's entry into force and those that became effective after the adoption of the Italian Constitution (1948). In the first hypothesis, international customary laws prevail over fundamental principles of the Constitution, while, in the latter, international customary law is incorporated into the Italian legal system only if it is in compliance with fundamental constitutional principles.

However, this chronological solution seems to have been abandoned by the CC since the decisions nos. 15/1996 and 73/2001. In those cases, the CC stated that fundamental principles of constitutional order and inalienable human rights are a limitation to the automatic incorporation of international customary law into the Italian legal order.

According to the CC, therefore, customary international rules have the same legal weight as constitutional laws. Supreme principles not susceptible to revision will not allow the entry of customs into the Italian legal system³⁹.

³⁶ FOCARELLI C., *Lezioni di diritto internazionale*, Cedam, Padua, 2008, p. 230.

³⁷ ZICCARDI CAPALDO G., *The Pillars of Global Law*, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 199.

³⁸ FOCARELLI C., *op. cit.*, p. 232.

³⁹ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Naples, 2013, p. 321; PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 397 ss.

Some scholars, however, consider it better to describe the rules created by virtue of Art. 10, par. 1 as interposed norms. In this view, the thesis of the constitutional value would breach the principle of rigidity of the Constitution (Art. 138) and the principle of people's sovereignty (Art. 1). With reference to the first, it is inconceivable that the Constituents have meant to build a rigid Constitution and at the same time added an automatic and indirect creation of rules officially recognized to the constitutional provisions, released from the aggravated procedure established by Art. 138 of the Constitution. Regarding the second, it is considered that such a principle would be jeopardized insofar as it removes the exclusive constitutional revision power from the Parliament, a power which could be realized implicitly through the mechanism of Art. 10 par. 1⁴⁰.

According to a different thesis, the customary rules integrated into the Italian order *ex* Art. 10, par. 1 may have the effect of constitutional norms or ordinary laws or regulatory rules. It depends on whether the matter to which they relate is regulated or should be regulated, under Italian order, with constitutional provisions, laws or regulations. In this view, the procedure under Art. 10, par. 1 could be defined as multi-purpose⁴¹.

The question of the *status* of international customary laws raises problematic aspects in cases where the same are incorporated into international treaties. Practices are often codified in international conventions. In this circumstance, the significant question is that of the value to give to general international rules. More exactly, it has been clarified that if it maintains a constitutional *status*, or, having been incorporated in a written source, it assumes the value of an interposed norm *ex* Art. 117, par. 1 Const. (*infra*). For this purpose, whether the practice maintains its own autonomy or turns out absorbed by the written

⁴⁰ CICCONE S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Turin, 2007, p. 45 ss.

⁴¹ CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 293.

source, succumbing, therefore, to the legal regime reserved for this latter must be ascertained. This issue has been addressed by the International Court of Justice, which has identified three types of relationship that can exist between a codification convention and a customary law. It may be asserted that the codification conventions can have three effects on customary international law. First, only a declaratory effect, consisting in the mere transcription of existing customary rules. For example, in the cases *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (ICJ decision of June 21, 1971) and *ICAO Council* (ICJ, decision of August 18, 1972), the International Court of Justice has stated that Art. 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, concerning the termination and suspension of the operations of a treaty in the event of breach by a contracting party, was merely declaratory of existing customary law. Second, the codification conventions can produce an effect of crystallization, in the sense that the rules contained therein can lead to complete the process of formation of a customary rule. For example, in the *Delimitation of the North Sea Continental Shelf* case (decision of February 20, 1969), the Court recognized that Articles 1 and 3 of the Geneva Convention on the Continental Shelf of 1958 had crystallized customary rules *statu nascendi*. Last, codification conventions can have the effect of creating a new customary rule, corresponding to the rule inserted therein. In this case, the codification convention proposes a legislative solution to the members of the international community, which later turns into a rule of customary nature.

In the *North Sea Continental Shelf* case the Court considered the process of creation of customary norms stemmed from the provisions of a treaty to be legally legitimate. In that case, the Court asserted that conventional rules - by virtue of their correspondence to customary law - produce binding effects even on non-contracting States.

In addition, the Court explained that "*Even if a treaty norm and a customary norm relevant to the present dispute were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to take the view that*

the operation of the treaty process must necessarily deprive the customary norm of its separate applicability. Consequently, the Court is in no way bound to uphold customary rules only in so far as they differ from the treaty rules which it is prevented by the United States reservation from applying” (ICJ, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, June 27, 1986). It follows that legal operators, in view of the general force which have some conventional provisions, shall assign them the same treatment that domestic law reserves to general international rules, therefore, constitutional rank.

The possibility of establishing a conceptual and normative distinction between international custom and written source 'incorporating', with consequent maintenance to the former of constitutional rank, seems to find an endorsement in constitutional jurisprudence.

The CC states that *“this court has consistently asserted that Article 10(1) of the Constitution, which provides for the automatic adaptation of Italian law with the generally recognized rules of international law, applies exclusively to general principles and the rules of customary international law (on all points, see judgments No. 73 of 2001, No. 15 of 1996, No. 168 of 1994), whilst it does not apply to rules contained in international treaties which do not reproduce principles or rules of customary international law”.*

The Court excludes the applicability of Art. 10, par. 1 for the rules of international agreements other than those reproductive of principles or rules of customary international law, implying, by contrary inference, that the rules of international treaties reproductive of international customs fall within the automatic mechanism of incorporation, benefiting the rank of constitutional source as well . In this perspective, it is up to the legal interpreter to determine whether the content of a treaty provision has independent regulatory content or if the same draws its origin from a rule of general international law. They must give them sub-constitutional value in the first case and constitutional value in the second, with all the ensuing consequences in terms of conflict between international and domestic rules.

1.2.2. The incorporation of international agreements in the Italian legal system.

According to the prevalent doctrine, there isn't a general provision which lays down the procedure for implementing the international treaties in the Italian Constitution. In fact, art. 80 Const. refers only to the process of formation of treaties, while art. 117, par. 1 relates to the internal discipline of the implementation of legislation.

In the Italian system the implementation of international treaties takes place through the enactment of appropriate legislative measures in order to transpose the international obligations. As we have seen before (par. 1.1.), under the dualist approach followed in Italy, no treaty produces its effects in the domestic legal system if the implementing legislation has not been adopted. The practice in Italy is to give internal efficacy to international treaties by way of an act of incorporation, known as execution order (par. 1.1.). The execution order is either a law passed by the competent law-making organ or a simple administrative act. This procedure can be used solely with respect to self-executing international provisions. In the case of non self-executing rules, a law that reformulates the provisions of the treaty is enacted.

The Italian Constitution does not contain any general rule expressly dedicated to the execution order. From a content point of view, the execution order contains the order to execute an agreement and operates a reference to the text of the international agreement. In particular, with regard to the disclosure regime, the execution order is published in the Official Gazette (*'Gazzetta Ufficiale'*, in Italian) in accordance with Law no. 839/1984, which requires the publication of all international agreements concluded by Italy.

After successful transformation, the significance issue relates to the proper rank of the international norms in the domestic legal hierarchy.

The situation preceding the amendment of art. 117 Const. of 2001 and the ICC decision nos. 348 and 349 of 2007 conferred upon the treaty the same rank of the act of incorporation of it (therefore, the rank of ordinary law or administrative act). In decision no. 73/2001, the ICC confirmed its prior decisions, stating that *“The rules of international treaty without a particular constitutional fundament takes into national order the value conferred on them by the force of the act that implements them (judgments nos. 32 1999, 288, 1997, 323, 1989). When the execution takes place by ordinary law, the constitutional limit functions in its entirety, the same as is the case with regard to any other ordinary law. By checking the constitutionality of the execution law of the treaty, it is possible to assess the conformity with the Constitution of the latter (e.g., judgments nos. 183 of 1994, 446 of 1990, 20 of 1966) and eventually reach the declaration of unconstitutionality of law of execution, where and in the part in which it leads into the national order incompatible with the Constitution (judgments nos. 128 of 1987 210 of 1986)”*.

In 2001, a constitutional reform modified Article 117 of the Italian Constitution. Article 117, par. 1, as amended by constitutional law 3/2001, rules that *“legislative power belongs to the state and the regions in accordance with the constitution and within the limits set by European Union law and international obligations”*. As it follows from this new formulation, the EU’s legal order and the international obligations are expressly recognized as limits for the legislative power of the state and the regions.

Especially after this constitutional amendment it has been necessary to clarify the role of conventional norms within the domestic legal order. The new text of Article 117 gives constitutional value to the principle of the respect of international obligations, recognizing the conventional norms an intermediate rank (“interposed norms”) between the statutes and the Constitution, as it has been explained by the ICC.

With regard to the issue, the ICC, in the “twin judgments” of 2007, nos. 348 and 349, stated that Art. 117, par. 1 shall be construed as meaning

that in the Italian legal system the international treaties, even if rendered enforceable by ordinary law, assume a superior rank than ordinary law, prevailing on the conflicting ordinary laws and sub-legislative acts. Therefore, the international treaties assume value of interposed norm, at an intermediate level between ordinary law and the Constitution. On the one hand, they have a higher rank than ordinary laws; on the other, a lower rank to the Constitution. Art. 117, par. 1, in other words, confers constitutional value to the interest of the Italian order to observe international obligations, but it does not attribute constitutional value to international treaties. They assume a sub-constitutional value. This reconstructive hypothesis was construed with reference to the European Convention on Human Rights (henceforth referred to as ECHR) but is extendable to other treaties as well, as it has been explained by the ICC in the decision no. 7/2013. In this judgment, reconfirming the doctrine of the interposed parameter, the ICC declared Article 569 of the Italian criminal code unconstitutional because it violated the United Nation Convention on Rights of Child and the European Convention on Rights of Child, both ratified by Italy. According to this judgment, these international treaties have the role of interposed norms, the violation of which determines an indirect break of Article 117, par. 1 Const. The ICC has extended the doctrine of the interposed parameter to treaties other than the ECHR, updating its effort to define the role of the international sources in the Italian legal system⁴².

The subordination of treaties to the Constitution requires that, “*in order to avoid falling into the paradox of a legislative provision being declared unconstitutional on the basis of another interposed provision, which in turn breaches the Constitution*” (decision no. 348/2007), the Court must always consider whether the treaty conforms to the Constitution, if necessary avoiding the incompatible international norm. The difference in degree with respect to EU law is clearly visible. Whereas the ‘counter-

⁴² POLACCHINI F., *The Impact of ECHR on the Italian Legal System: Recent Developments in the Constitutional Jurisprudence*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2-3, 2013, p. 412 ff.

limits' against the penetration of EU law are a subset of fundamental principles and constitutional rights (which means that EU law prevails over non-core constitutional values), the ICC is stricter with the Convention, requiring its conformity with every constitutional norm: *"the need for a constitutionality test on the Convention norm excludes the possibility of having a limited set of fundamental rights that could serve as a counter-limit; indeed, every norm of the Constitution shall be respected by the international norm challenged"*⁴³. As it has been asserted by the ICC, *"Where an interposed source is found to be in breach of a provision of the Constitution, this court has a duty to declare the inability of the Constitution to supplement that principle, providing, according to established procedures, for its removal from the Italian legal order"* (decision no. 348/2007). This check of compatibility aims to achieve *"a reasonable balance between the duties flowing from international law obligations, as imposed by Article 117(1) of the Constitution, and the safeguarding of the constitutionally protected interests contained in other articles of the Constitution"* (decision no. 349/2007).

Following the amendments made by the Constitutional Law 8 October 2001 no. 3, Art. 117, par. 5 Const. provides that *"Regarding the matters that lie within their competence, the Regions and the Autonomous Provinces of Trento and Bolzano participate in the decisions on the formation of European Community law and provide for the implementation and execution of international agreements and of the acts of the European Union, in accordance with the procedures established by state law, which governs the procedures for the State to act in substitution of the Regions in the event of non-fulfillment"*.

Among the different interpretations of such norm, a first doctrinal position believe that the new text of Art. 117, par. 5 refers to the regional powers in the enforcement of international rules only once those rules have already been formally introduced into the Italian order⁴⁴.

⁴³ POLACCHINI F., *op. ult. cit.*, n. 2-3, 2013, p. 405.

⁴⁴ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Naples, 2013, p. 350.

A different theoretical point of view considers that, by virtue of the new par. 5 of Art. 117 the regions, in accordance with State laws, are empowered to directly provide for the implementation and enforcement of international agreements. According to this view, Art. 117, par. 5 would be a norm regulating the implementation process of international agreements. The first of the aforementioned theories seems to be the better. In this sense, according to some scholars⁴⁵, the solution most compatible with Constitution is that which takes into account two elements: the attribution of exclusive legislative competence to the State in matters of foreign policy and international relationship of the State and the concurrent legislative competence of the Regions in the field of international relationship of the Regions. Even if they affect matters of regional competence, the treaties concluded by central bodies must be transposed into State law according to Art. 117, par. 2, which recognizes that the State has exclusive power in matters of international relations of the State.

Only after the incorporation of the treaty the regions may enact the necessary legislation for regional integration. On the contrary, the international treaties concluded directly by regions in compliance with the regulations established by State law can be implemented directly by regions which have signed them. In all cases the State can exercise the substitutive power contemplated by art. 120 of the Constitution.

1.3. The relationship between European Convention on Human Rights (ECHR) and the Italian legal system.

Among the category of international obligations, on account of its peculiarity compared to other international treaties ratified by Italy, the European Convention on Human Rights (henceforth referred to as ECHR) deserves a further deepening.

⁴⁵ CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 304.

Many reasons distinguish the ECHR from ordinary international treaties. First of all, it is a Convention which has materially constitutional content, protecting all human rights guaranteed by the Italian Constitution. It represents an emblematic instance of the transfer of constitutional contents from the national to the international level⁴⁶. In addition, as is the case of constitutional fundamental rights, whose unflinching minimum content must be ensured even for non-citizens, the protection provided by ECHR is granted not only to the citizens of contracting States, but also to all other individuals whose rights have been violated by one of those States⁴⁷.

Second, the Convention has set up an objective system of protection which does not provide the principle of reciprocity - typical of international treaties - according to which the contracting State is required to comply with the Treaty on the condition that and in the extent to which the other contracting parties observe the provisions⁴⁸.

Emphasizing the unique character of the Convention as a treaty embodying collective guarantees of human rights and fundamental freedoms, the Strasbourg Court believes that it is necessary to overcome the logic of simple reciprocity between contracting States, typical of international treaties. From the Strasbourg Court's view, the ECHR does not create mere synallagmatic obligations, i.e. obligations based on reciprocity, but objective obligations. According to the Court, all the rights and freedoms ensured by the Convention must be interpreted in the light of the spirit (*esprit general*) of the Convention "*intended to safeguard and promote the ideals and values of a democratic society*" (GC, decision 4 February 2005, *Mamatkoulou and Askarov v. Turkey*).

⁴⁶ CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Laterza, Rome-Bari, 2006, p. 188.

⁴⁷ GIANNITI P., *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento convenzionale Cedu*, in GIANNITI P. (edited by), *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Rome, 2013, p. 127.

⁴⁸ ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (edited by), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milan, 2011, p. 70.

Already in the *Loizidou* case (decision 23 March 1995, *Loizidou v. Turkey*), the Court took the Convention as an “*instrument of European public order*” for the protection of human beings, reserving to itself, by virtue of Art. 19 ECHR, the task (“*mission*”) to ensure the observance, by the contracting States, of the obligations arising from the Convention (decision 6 July 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*).

Last, the ECHR is the only international treaty that has set up at the European level a system of jurisdiction of the rights therein recognized, through the institution of the European Court of Human Rights (ECtHR), which has, *ex Article 32 ECHR*, jurisdiction over the issues relating to the interpretation and enforcement of the Convention and of its Protocols.

1.3.1. The Supreme Court of Cassation’s point of view.

In Italian legal order, before the ICC’s decision nos. 348 and 349 of 2007, the principle of the immediate applicability of ECHR’s provisions could be considered acquired, but this outcome was not automatic: it was the result of a long process of integration.

Recently, the Supreme Court (SC, criminal law section I, 32678/06, *Somogyi*) has reconstructed the evolutionary process of the national jurisprudence relevant for the implementation of the progress of integration. The first case in which the Court recognized the direct applicability of ECHR’s provisions (as legislative source of law) was affirmed by a decision which dates back 1967 (SC, civil section I, 16.11.1967, n. 2762), and this outcome was upheld also by subsequent decisions (cfr. SC, criminal law section IV, 14.7.1982, n. 6978 – *Iaglietti*; SC, criminal law section I, 27.10.1984 – *Venditti*; S.C., criminal law United Sections, 23.11.1988 – *Polo Castro*, and – more significantly - SC, criminal law section I, 12.5.1993 – *Medrano*. In this last case there was the direct application of article 8 of the European Convention, as interpreted by

Strasbourg Court, and the judges recognized to conventional provisions a relevant binding force over conflicting national legal sources).

This aptitude of conventional provisions is derived from Art. 2 of the Constitution and this clause would implicitly recognize to those provisions the nature of general principle of the Italian legal order. This fact implies that conventional rules have a particular binding force over national legal sources, even adopted subsequently. Scholars justify this particular force either in the principle *lex generalis non derogat priori speciali*, or in the principle *pacta recepta sunt servanda*. In any case, beyond formalistic and positivistic approaches, the binding force of conventional provisions is due to its nature of general principle in the legal order, upheld by the jurisprudence for years, before the constitutional reform of 2001.

This interpretive solution was echoed also by the jurisprudence of the European Court of Justice (ECJ 14.5.1974, *Nold*, ECJ 13.12.1979, *Hauer*). This Court, indeed, affirmed both to have the duty to consider also the general principle of law set by the ECHR (although EC and UE weren't party of it) and that also the action of national judges should be guided by the respect of those principle (even though there were not the conditions to appeal the European Court of Strasbourg yet). The crucial relevance of fundamental rights has found express recognition in EU Treaty Law. Article 6, provided that "*Fundamental rights, as guaranteed by the ECHR and as they result from constitutional traditions common to Member States, are a part of EU law as general principles*".

Looking at the National contest, a fundamental step in the ECHR integration process was due to jurisprudence. Indeed Supreme Court judges recognized the ECHR as an atypical legal source and therefore a source that could not be annulled by ordinary law. Furthermore, the Supreme Court's judges stated that a national law should not be applied if in contrast with conventional provisions. In *Dorigo - SC*, criminal law section I, 1.12.2006 - the Supreme Court affirmed that, under Art. 670 Penal Code, judges are duty bound to suspend the execution of any sentence on which the European Court of Human Rights ascertained that

the verdict was reached in breach of Art. 6 ECHR on the right to fair trial, and that, consequently, the condemned retains the right to call for a new trial, *even though the lawmakers still have not established the rules to do so (emphasis added)*.

Those principles were affirmed also by the Supreme Court jurisprudence, civil section.

In 2005, the Supreme Court stated that “*Act. n. 648/1955, in ratifying and making executive the European Convention on Human Rights, has introduced in the national legal order fundamental rights mostly coincident with the ones set forth by article 2 of the Constitution. Referring to those rights, conventional rights would have a confirmatory nature*”. The Court also added that “*conventional provisions would have a particular force that implies the impossibility to apply the national law in contrast with conventional provisions of direct applicability*” (SC, civil section, 23.12.2005, n. 28507. Cfr. also SC, United Sections, 26.1.2004, nos. 1338, 1339, 1340, 1341).

Additionally, the same decision affirmed that “*ECHR provisions, as ratified in Italy, imply the duty upon national judges to abide by the jurisprudence of the European Court of Strasbourg, even though this entails, through the review of past criminal proceedings, challenging the principle of final sentences’ non-alterability*”.

It seems important to indicate some other cases - the decision 19 July 2002, n. 10542 of the Supreme Court (civil section I) and the decision 23 December 2005, n. 28507 (United Sections) - with which the judges expressly recognized that, in case of contrast between national laws and ECHR provisions, the conventional provisions have to prevail, in reason of a goal of substantial justice.

The relevant value of ECHR provisions in national legal orders is due also to the binding force (as they were sources of law) of the decisions of the European Court of Strasbourg which establish a State violation of conventional provisions (Articles 19, 32, 46 of the ECHR).

The nature of source of law recognized to the decisions of the Strasbourg Court has been confirmed after the amendment of article 46, consequent to the approval of ECHR Protocol 14 approved the 13th May 2004 and ratified in Italy by Act n. 280/2005.

In the same perspective we shall interpret the Act. 12/2006 (“Disposition on execution of the European Court of Human Rights’ decisions”). This act amended a previous law (article 5 (3, lett. *a-bis*) Act. n. 400/1988, regulating the activity of Executive power) and establishes that the Prime Minister has to assure that the Government activity shall be consistent with European Court’s decisions. Additionally, the Prime Minister has to communicate any new European decision to the Parliament in order to allow the examination of the permanent parliamentary commissions so that they may be examined. He has also to present to the Parliament an annual relation on the state of execution of those decisions.

The well-established stance of Italian Courts, to regularly incorporate the Strasbourg’s decisions, is confirmed by the Decree of the President of the Republic no. 289/2005, which amended the Decree of the President of the Republic no. 313/2002 by introducing paragraphs *2bis* and *2ter* in Article 19. Under those provisions, each final decision of the Strasbourg Court taken against Italy is to be published in conjunction with and as a completion of the original Italian verdict.

The verdicts of the Court of Strasbourg that state the violation of any conventional provisions charge the Parties of duties and rights.

Consequently, the State which has been condemned has the duty to remove the prejudicial effects of its violation of the conventional rules; the citizen has either the right to be compensated for the damages he received, or the right to obtain the so-called “*restitutio in integrum*” (for example being putted on trial again if, according to article 6 ECHR the State was condemned for the violation of the right to an “*procès équitable*”).

Recently, a confirm of the interpretative results exposed above is offered by the text of Act 69/2005, according to which Italy executed the Council framework decision 2002/584/JHA of 13 June 2002.

According to Article 2, par. 1, Italy “*shall execute the European arrest warrant, in respect of those rights and principles established by international Treaties and the Constitution: a) fundamental rights assured by the ECHR, as ratified by Act. 848/1955 (specifically articles 5 and 6 ECHR) and its Protocols*”.

According to this principle, Article 18, lett. g), imposes the refusal of the handover of detainees if “*people have not been judged in the respect of the rights granted by article 6 ECHR*”.

The provisions of articles 2 and 18, Act. 69/2005 - even expressing principles on extradition (cfr. Art. 720 (4) c.p.p.; 705 (2, lett. a) c.p.p.) and on recognition of foreign judgments on criminal law (cfr. Art. 733 (1, lett. b) and c) c.p.p.) already existent in the domestic legal order - in referring to articles 5 and 6 ECHR, make clear the privileged role recognized to all the ECHR rights, whose guarantees are risen to the level of the general principles of the legal order.

In *Somogyi* case (SC, criminal section, decision no. 32678/2006), the Supreme Court stated that a final judgment of a national court cannot be considered an obstacle for the claim of *restitutio in integrum* when the trial has been celebrated *in absentia*. It means that it is always possible, for someone who claims that the national trial violated article 6 ECHR, to obtain the condemn of the State by the Strasbourg Court and be putted on trial again.

Subsequently, in the *Dorigo* case (Supreme Court, criminal section, decision no. 2800/2006), the Supreme Court, making an interpretation of article 670 of the procedural criminal law code consistent with ECHR, stated that the domestic judgment of condemn could not be executed.

Indeed, if the Strasbourg Court states the violation of article 6 ECHR, this verdict origins the right to be put on trial again and consequently the first final sentence cannot be executed.

After all, it has been observed that the overcoming of the national final judgment is implied by ECHR's system: the fact that the Strasbourg Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, implies that it decides on national final decisions.

By the interpretation consistent with the Strasbourg's pronouncements, the Italian Supreme Court not only contributed to the evolution of domestic criminal law, but also attests how the European Court is to be considered an undisputable reference for the correctness of the law.

The reasoning of the Supreme Court hinges upon the binding force both of ECHR and Strasbourg Court. The two profiles are strictly connected by Art. 46, par. 1 of the Convention, according to which "*The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties*".

Moreover, the Supreme Court recognizes the binding force of ECHR because its provisions would be of immediate applicability. Those rules would have an higher-level than ordinary legal sources and the judges should avoid to apply internal rules in contrast with conventional provisions.

To individuate a binding force also for Strasbourg's decisions, the Italian Supreme Court highlights the link between the monopoly of the European Court in the interpretation of conventional rules (Art. 19 ECHR) and the obligation, for the States parties of the Convention, to execute the decisions of the Court of Strasbourg (Art. 46 ECHR).

The valorisation of this link is consistent with the consciousness that conventional norms are something more than the written text. These norms shall be individuate in the interpretation of conventional provisions given by Strasbourg Court.

Consequently, it must be excluded the possibility of the national jurisprudence to give an autonomous interpretation of conventional provisions. According to this, the States are free to execute Strasbourg's decisions (Art. 46, par. 2 ECHR), but their action must be consistent with the European jurisprudence.

Lastly, in *Drassich* (SC, criminal section, decision no. 45807/2008) the ECtHR ruled against the Italian Court's decision because deemed in breach of Art. 6. The ECtHR found, in fact, that in such proceeding the Italian judges applied an *ex officio* requalification of the facts which resulted in the worsening of the original charges, without any confrontation. Because of the *ex officio* requalification, it became impossible for those charges to be extinguishable by prescription (the prescription terms always refer to the original *nomen iuris*). On top of that, the requalification was made without informing the defendant and, hence, without allowing him any legal reaction.

The Supreme Court, by interpreting Art. 521 Penal Code, acknowledged the obligation lying on each judge to duly pre-inform the defendant and his counsel of any possible modification on the original ascribed charges. Such provision, read in conjunction with Art. 625 *bis* Penal Code, led the Court to confirm that, whenever a requalification happens, there's no need to set a new trial, but rather that the same can be resumed in consideration of the new accusations.

Finally, in the case *Scoppola* (SC, criminal section, decision no. 16507/2010), the Court restated the penalty previously imposed, which was replaced with that which had been considered lawful by the Court Edu.

More recently, by decision no. 113/2011, the ICC declared the unconstitutionality of Art. 630 of the Criminal Procedure Code, insofar as it does not provide for a different case of revision of the judgment or of the penal order in order to achieve the reopening of the process, when it is necessary to comply with a final judgment of the Court of Strasbourg, in pursuant to Art. 46, par. 1, of ECHR.

1.3.2. The Regional Administrative Tribunals' and Council of State's point of view.

The administrative jurisprudence, by virtue of Art. 6 of the EU Treaty Law (as modified by the Lisbon Treaty), stated the direct applicability of ECHR provisions.

The *Consiglio di Stato*, (Supreme Court of the administrative jurisdiction) deciding on an expropriation case, affirmed the necessity to apply “*the principles on effectiveness of judicial protection stated by article 24 of the Constitution and by articles 6 and 13 of ECHR*” and specified that the latter are “*of immediate applicability in the national system*” by virtue of Art. 6 TEU as amended by the Lisbon Treaty (decision no. 1220/2010).

Additionally, the TAR Lazio (Regional Administrative Tribunal – Lazio Region) highlighted the great importance of article 6, parr. 2, 3 TFUE in the definition of the connection between the ECHR legal order and the Italian legal order (decision no. 11984/2010). According to the administrative judges, “*The provisions of the Convention shall become immediately applicable in national systems of EU Member States (...) by virtue of Community law (...). It therefore opens new scenarios for the conformative interpretation or for the disapplication of national laws in contrast with ECHR provisions, [...] specially when the Court of Strasbourg has already stated on the question. [...]. This will be valid for all the conventional rights and not only for the rights that could have a particular relevance in the European Union legal order*”.

According to the reasoning of the administrative judges, “*the recognition of ECHR fundamental rights as internal principles of the UE [...] has some immediate consequences because it leads to the immediate applicability of conventional provisions in European Countries member of EU, and consequently, also in Italy by article 11*” and, now, 117, par. 1 of the Constitution.

However, the aforementioned arguments were rejected by the Consiglio di Stato in decision no. 3760/2010, which stated that the Lisbon Treaty hadn't modified anything with regard to non-direct applicability of the ECHR into the Italian legal system.

In direct contrast, the TAR Lombardia (section of Brescia) ordered the immediate non-application of Art. 3, par. 7 of the Pinto Law, which allows for the compensation of victims of unreasonably-lengthly processes solely where budget resources are available (decision no. 214/2012, analogous to no. 213/2012). This limitation is incompatible with Art. 6 of the ECHR as interpreted by the Court of Strasbourg and it should not be applied directly, without referring the question to the ICC. Therefore the administration is obliged to make the necessary budget changes in order to find sufficient funds for the payment of compensation, as laid down by the European Court in *Cocchiarella e Gaglione* cases (GC, decision no. 29 March 2006 *Cocchiarella c. Italia*; decision no. 21 December 2010, *Gaglione c. Italia*).

1.3.3. The Italian Constitutional Court's point of view.

1.3.3.4. The constitutional jurisprudence prior to the constitutional amendment of Article 117 of the Constitution.

The ICC has followed different paths.

According to the initial approach of the ICC, the ECHR, like every international treaty, should have been recognized as having the same legal authority as the internal act of ratification. Since the ECHR was ratified through an ordinary law (law 848/1955), the ICC recognized it as a source of law belonging to the level of ordinary statute, despite the fact that its content - the protection of human rights - has a constitutional nature. Considering the particular content of the ECHR and its aim of protecting

human rights, the need to guarantee a preeminence of the Convention over the domestic statutes was underlined several times by national scholars⁴⁹, who tried to identify a Constitutional provision adequate to provide a superior authority to the treaty. None of the constitutional provisions invoked by the scholars (Articles 2, 10, 11 of Italian Constitution) were ever considered by the ICC as a possible foundation for granting recognition of a supra-legislative rank to the Convention. Only in one judgment, never followed in the later case law, the ICC considered the ECHR as a legal source with “atypical competence”, which cannot be derogated by conflicting posterior legislation (decision no. 10/1993)⁵⁰. The ICC did not give constitutional value to the ECHR, but acknowledged it as having a privileged position in the hierarchy of sources of law, although limited to a peculiar passive force, defined as the ability of resistance to the repeal by posterior ordinary laws.

Although the same normative force enjoyed by the ECHR and the ordinary laws, the ICC took recourse in the conventional provisions as an interpretative aid to clarify the scope of the constitutional provisions of rights. As observed⁵¹, it is through the interpretation that become obvious the potential interaction between the internal and the international order.

This operation was facilitated by the material contiguity between the conventional and constitutional provisions regarding human rights and allowed the development of a process of interpretative integration

⁴⁹ BARBERA A., *Art. 2*, in BRANCA G. (edited by), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali (Art. 1-12)*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Rome, 1975, 102; ID., “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, in CALIFANO L. (edited by), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Turin, 2004, 19 ss; BARILE P., *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Com. intern.*, 1966, 15 ss; D’ATENA A., *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1967, 614 ss; MORI P., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione italiana*, in *Riv. dir. intern.*, 1983, 306 ss; ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *Dir. uomo*, 2007, 3, 61.

⁵⁰ POLACCHINI F., *The Impact of ECHR on the Italian Legal System: Recent Developments in the Constitutional Jurisprudence*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2-3, 2013, p. 400.

⁵¹ BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padua, 2004, p. 27.

between the first and the latter, even outside of the formal dualistic premises followed by the ICC.

Since the earliest decisions on the matter, the Court (while still maintaining rigidly dualistic premises) has made extensive use of human rights treaties in the sense of integration by interpretation of the constitutional provisions about fundamental rights. In decision no. 104/1969, the ICC asserted that Art. 8 of the ECHR “*clarifies more deeply than the correlative norms of the Constitution the protection of privacy*” insofar as it lists the condition of the legitimacy of the interference of public authorities in private and family life. In addition, in decision no. 38/1973, the ICC states that the rights to one’s own decor, honor, respectability, confidentiality, privacy and reputation, “*as expressly set out in the Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights*”, are encompassed among inviolable human rights, recognized by Art. 2 Const. and “*also established in Articles. 3, second paragraph, and 13, first par.*”. Arguing in such a way, the ICC seems to suggest that the ECHR can exert the effect of integrating the content of general clauses of the Constitution, in the context of its evolutive interpretation⁵².

Even more pointedly, in decision no. 388/1999 the ICC states that “*Regardless of the international agreements, which do not lie at the constitutional level, (...) while it is for the legislature to implement them, it should be noticed that the human rights, guaranteed also by universal or regional conventions signed by Italy, find expression, not less intense protection in the Constitution. This not only for the value to be attributed to the general acknowledgment of the inviolable human rights made by art. 2 of the Constitution, but also because, beyond of the textual coincidence of formal catalogues of rights, a continuous process of integration and reciprocal influence between legal orders (national and supranational) can be highlighted, which reciprocally integrate themselves because of the Court’s interpretation*”. As observed, the ICC makes extensive use of

⁵² SCHILLACI A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Naples, 2012, p. 450.

normative contents emerging *ab externo*, but reserves to itself the check of such processes of integration⁵³.

1.3.3.5. The constitutional jurisprudence after the constitutional amendment of Article 117 of the Constitution.

In 2001, a constitutional reform modified Article 117 of the Italian Constitution. Article 117, par. 1, as amended by constitutional law 3/2001, rules that “*legislative power belongs to the state and the regions in accordance with the constitution and within the limits set by European Union law and international obligations*”. As it follows from this new formulation, the EU’s legal order and the international obligations are expressly recognized as limits for the legislative power of the state and the regions.

After this constitutional amendment, the ICC’s view has radically changed.

The Constitutional Court considered this provision to be the constitutional parameter by virtue of which ECHR’s rules specify and integrate the duty of the Legislator to respect international obligations. Additionally, the highly principled value of conventional provisions makes them privileged instruments for the interpretation of domestic law. All of this represents the *humus* of a new approach to the problem of ECHR’s integration in the Italian legal order. In this context the ICC’s decision no.s 348/2007 and 349/2007 constitute a new paradigm.

In this context ECHR’s provisions are considered “interposed rules” and consequently the Court can exercise the “conventional control”: so it can verify and decide on the contrast between internal rules and

⁵³ PINELLI C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2999.

conventional provisions. According to that, ECHR's rules integrate the constitutional parameter of interpretation and should be considered as "sub-constitutional" norms.

Thanks to the reference to the limits deriving from international obligations *ex Art. 117, par. 1*, the ICC recognized international treaties signed by Italy as an interposed parameter of the judicial review on legislation. Through this "intermediate *status*" which sees the ECHR as an interposed source of law anchored to Art. 117 of the Constitution, the ICC intended to affirm the necessary subordination of the conventional provisions to the compliance with the whole Constitution (and not only with the "counter-limits" which encompass EU law).

The ICC clarified that the ECHR has a privileged position, but enjoys no 'constitutional immunity'; on the contrary, it must abide by all constitutional norms. The Italian judges equated the ECHR to any source of international law and found, accordingly, that the 'constitutional tolerance' of the Italian system towards the ECHR is lower than that towards EU law. This difference in degree is clearly visible. Whereas the 'counter-limits' against the penetration of EU law are a subset of fundamental principles and constitutional rights (which means that EU law prevails over non-core constitutional values), the ICC is stricter with the Convention, requiring its conformity with every constitutional norm: *'the need for a constitutionality test on the Convention norm excludes the possibility of having a limited set of fundamental rights that could serve as a counter-limit; indeed, every norm of the Constitution shall be respected by the 'international norm challenged'*.⁵⁴ The Court's argument hinged upon the distinction between ECHR and EU law: according to constitutional judges, the ECHR legal system has distinct structural and functional legal features as compared to the European legal order. In its view, the ECHR is a multilateral international public law treaty

⁵⁴ MARTINICO G., *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *The European Journal of International Law*, 2012, 23, 2, p. 422.

which does not and cannot entail any limitation on sovereignty in the terms provided by Article 11 of the Constitution.

Accordingly, the ICC is the only institution competent to declare an internal law unconstitutional which contrasts with the ECHR. The ordinary and administrative judges, on the contrary, cannot not apply the internal conflicting provision but must refer the question to the Constitutional Court which holds the competence of the conventional review on legislation. The only power that is granted to ordinary and administrative courts – indeed, a powerful instrument – is the possibility to provide an interpretation of the conflicting internal law consistent with the ECHR provisions (referred to as “*interpretazione conforme*”, in Italian). The term ‘consistent interpretation’ is used to refer to the interpretation of domestic law in conformity with Constitution, EU law and international obligations. Through consistent interpretation with the ECHR, courts can achieve a result which is in conformity with this latter and which thus secures the performance of international obligations.⁵⁵ The ordinary courts have the power to interpret legislation in the most compatible way possible with rights contained in the ECHR. This power is qualified by the ICC as a duty: the Italian judges must develop the law in a “rights compatible” way and confer upon the statute a meaning compatible with the ECHR. Just in case of impossibility, they must refer the constitutional issue to the ICC. If the judge doesn’t try to interpret the national law in accordance with the ECHR provision, the ICC declares the issue inadmissible⁵⁶.

The instrument of consistent interpretation has already been used by Italian courts with reference to Italian Constitution and EU law⁵⁷. In regard to the first, the ICC ruled that “*the statutes have not been declared*

⁵⁵ NOLLKAEMPER A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 139.

⁵⁶ ICC, Decision no. 239/2009.

⁵⁷ POLACCHINI F., *Cedu e diritto dell’Unione europea nei rapporti con l’ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.org.

unconstitutional because it is possible to give unconstitutional interpretations of them [...] but because it is impossible to give constitutional interpretations to them".⁵⁸ With reference to the second, the ECJ, in *Marleasing*⁵⁹ and in following decisions, made clear that all national legislation has to be interpreted in the light of EU law. Moreover, the duty of consistent interpretation represents a priority of every national court and constitutes a general principle binding all national courts, which guarantees a stable and permanent reconciliation between domestic law and EU law⁶⁰.

In summary, the ICC states its preliminary power to evaluate the consistency of the ECHR provisions with the Constitution, due to the sub-constitutional *status* of the interposed norm that derives from the international obligations. On the one hand constitutional supremacy is recognized, on the other, the ICC acknowledges the monopoly held by the Strasbourg Court to interpret the Conventional provisions. According to the ECHR legal system the Strasbourg judge is the only competent body to interpret the ECHR and to guarantee the uniform application of the ECHR. In other words, the object of the ICC judicial review is the ECHR as it lives in the creative interpretation of the ECtHR and not the bare ECHR provisions by themselves. Article 32 par. 1 ECHR, in fact, provides that the Court's jurisdiction extends to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto. Interpretation thus lies at the heart of the Court's adjudication process⁶¹. As the ECtHR has found in numerous judgments, "*Convention is a living instrument which*

⁵⁸ ICC, Decision no. 356/1996.

⁵⁹ ECJ, 13.11.1990, case C-106/89, *Marleasing*.

⁶⁰ CASOLARI F., *Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order: The Doctrine of Consistent Interpretation*, in CANNIZZARO E., PALCHETTI P., WESSEL R.A. (edited by), *International Law as Law of the European Union*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2012, 399.

⁶¹ TULKENS F., *What are the Limits to the Evolutive Interpretation of the Convention?*, in *Dialogue between Judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, January 2011, 6.

... must be interpreted in the light of present-day conditions".⁶² In accordance with the general acceptance of evolutive interpretation in international law, the Court remarks that the special nature of the ECHR justifies its dynamic interpretation. In a case concerning discrimination on the basis of sex, the Court thus said that "*Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must however have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved ...*"⁶³. The Grand Chamber judgment in the case of *Scoppola v. Italy (no. 2)* of 2009, concerning the retrospective application of more favourable criminal legislation (*in mitius*), provides a more recent summary of the essence of this approach: "*Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must ... have regard to the changing conditions in the respondent State and in the Contracting States in general ... It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory*"⁶⁴.

The Strasbourg Court constructs rights in a dynamic and progressive way in light of changing circumstances. The nature and scope of Convention rights are identified, clarified, and expanded through the Court's pronouncements, over time, as circumstances change. This interpretative activity is binding for national judges and also for the ICC. Nevertheless, the latter reserves the power to check how and in what measure the result of interpretation of the ECtHR fits into the Italian constitutional legal system. This estimation consists of a consideration of European jurisprudence consolidated on the conventional norm. This allows it to respect its substance and, at the same time, to take into account

⁶² ECHR, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978; *Öcalan v. Turkey*, 12 March 2003; *E.B. v. France* (GC), 22 January 2008; *Saadi v. the United Kingdom* (GC), 29 January 2008.

⁶³ ECHR, *Zarb Adami v. Malta*, 20 June 2006.

⁶⁴ ECHR (GC), *Scoppola v. Italy*, 17 September 2009.

the peculiarity of the Italian legal order in which it is destined to fit as an interposed norm⁶⁵.

After ICC judgment no. s 348 and 349, the number of questions of constitutionality grounded on alleged violations of Conventional rights increased, to the extent that the ICC needed to intervene again in 2009 through two general, systemic rulings (decision no.s 311 and 317 of 2009), aimed at redefining the theoretical framework established in 2007. The principles that emerged from these judgments are the following. First, a centralized system of conventional review on legislation that sees the ICC as the only competent court and the ensuing ban for ordinary and administrative courts to not apply the internal conflicting provision are confirmed. The ICC has thereby tried to put a stop to a sort of underlying diffuse conventional review on legislation by ordinary and administrative judges. Second, the binding authority both on ordinary courts and ICC of the ECHR as interpreted by the ECtHR is affirmed again as an obligation that the national judge must respect when facing the same situations faced by the Strasbourg Court. Accordingly, an autonomous margin of appreciation is left to the domestic judge, as they can move away from the ECtHR interpretation if they consider the case in question to be different from the one ruled at the international level. On this subject, when the Protocol 16 enters into force, the interpretative authority of the ECtHR will probably become even more binding on national judges. This Protocol gives the ECtHR the power to send advisory opinions about the interpretation of the Convention on request of a Member State. These opinions should have binding value solely on the applicant State and not for the other State Parties. They are, for that State, a sort of conventional preliminary ruling and therefore should bind on the applicant authority in the same way as the decisions given by the ECJ in sitting of reference for preliminary ruling on the interpretation *ex* Article 267 TEU.

⁶⁵ ICC, Decision no.s 348 and 349/2007, 317/2009, 87, 138 and 196/2010, 1, 80, 113, 236/2011.

Third, the doctrine of constitutional supremacy is also recognized and it follows that the ICC, when comparing domestic and conventional provisions, is obliged to ensure the highest standard of fundamental rights protection, since a lower level of protection deriving from the ECHR system is not permitted. In this sense, the interposed conventional provision must be consistent with the Italian Constitution and the ICC may adopt its own margin of appreciation in order to pursue the highest expansion of guarantees in the competition between constitutional and conventional provisions (decision no.s 311 and 317 of 2009, 264/2012, 85, 170, 202 of 2013).. This last point represents a new element in the direction of a deeper examination of the level of the integration between rights which, in decision no.s 348 and 349/2007, was linked only to the profile of the relations between the sources in which they are recognized. To this necessary check of non-compatibility between the Convention and the Italian Constitution, decision 317/2009 has added a further substantial condition: *“the comprehensive result of the integration of the guarantees of the legal system must be of positive sign, in the sense that from the incidence of the single ECHR provision on the Italian legislation must follow a plus of protection for the whole National system of fundamental rights”*.

In addition, Article 53 of the ECHR itself rules that *“Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party”*. Consequently, the comparison between the international and constitutional protection of fundamental rights has been made with the aim of the greatest expansion of the guarantees. Within this concept, the necessary balancing with other constitutional provisions, which at their time protect fundamental rights which could be jeopardized by expansion of a single guarantee, has been encompassed. In this perspective, the ICC made clear that the protection of fundamental rights must be led in an overall way that takes into account the provisions as a part of a system⁶⁶.

⁶⁶ ICC, Decision no. 264/2012.

The rephrasing of Article 6 of the TEU seems to offer a lever to the thesis of the aforementioned “communitarization” of the ECHR, that is, of its incorporation within the EU legal order, with the consequent recognition of its direct effects in the national legal system. Article 6 establishes that “*The Union recognizes the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union [...] which shall have the same legal value as the Treaties*” (art. 6.1). An equivalence clause is contained in this Charter (Article 52), which states that insofar as the Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the ECHR, “*the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention*” (art. 52.3, which also adds that “*this provision shall not prevent Union law providing more extensive protection*”). Article 6 goes on to provide – insofar as it is of interest here – in paragraph 2 that “*The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”, concluding in paragraph 3 with the provision that “*Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union’s law*”.

According to this amendment, some scholars⁶⁷ and ordinary judges⁶⁸ think that the framework settled by the ICC will possibly change when the EU becomes a part to the ECHR. Insofar as the Convention has become binding for the Union, it will also bind the Member State *qua* European law. This derives from article 216 TFEU, according to which “*Agreements concluded by the Union are binding upon the institutions of the Union and on its Member States*”. The provision incorporates all Union

⁶⁷ BILANCIA P., D’AMICO M. (edited by), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milan, 2009, p. 242.

⁶⁸ Tar Lazio, Decision no. 11984/2010; Consiglio di Stato, Decision no. 1220/2010.

agreements into the national legal system.⁶⁹ With regard to the binding effect of the ECHR *qua* European law, therefore, the Convention might have a hierarchical *status* above national constitution, similar to that concerning EU law.

However, even after the entry into force of the Lisbon Treaty, the ICC, in decision no. 80/2011, has confirmed the asset settled with decision no.s 348 and 349 of 2007, thus reasserting the dissimilarity between the conventional system and EU law⁷⁰. This judgment represents a real synopsis of the ICC's conceptualisation of conventional provisions in the Italian legal order.

In decision no. 80/2011, the ICC has excluded the aforementioned communitarization of the ECHR through the provision of art. 6, par. 2 TEU. Thus the Italian system has not yet achieved the level of integration sometimes guaranteed in other legal systems where the courts are authorized to review whether domestic legislation is compatible with the rights protected in the ECHR⁷¹. By choosing to convey the conventional provisions under Art. 117 of the Constitution, the Court has reasserted the distance between the ECHR and EU law (which finds access through the principle stated in Art. 11 of the Constitution) maintaining that the former source of law is not comparable to the latter.

In conclusion, the difference in terms of primacy and effects between EU law and ECHR has been substantially reinforced by decision no. 80 of 2011, through which the ICC has reaffirmed the impossibility for the dispositions of the ECHR of finding direct application even after the entry into force of the amendments enacted through the Lisbon Treaty. In this regard, it is interesting to note that the ECJ has taken a position similar

⁶⁹ PETERS A., *The Position of International Law Within the European Community Legal Order*, in *German Yearbook of International Law*, 1997, 40, 34; SCHÜTZE R., *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 444.

⁷⁰ ICC, Decision no. 80/2011. MANES V., *The entrenchment of the ECHR in the Italian legal system*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, 3, 329 ss.

⁷¹ RUGGERI A., *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in *www.giurcost.org*, 04.06.2011.

to that of the ICC. The Court of Bolzano, 7 December 2010, referred for a preliminary ruling before the ECJ asking whether, in case of conflict between a provision of domestic law and the ECHR, the reference to the latter in Article 6 TEU obliges the national court to apply the ECHR directly and not apply the not compatible source of domestic law, without having first to raise the issue of constitutionality before the national constitutional court. The ECJ, through the recent decision *Kamberay* (ECJ, (GC), 24 April 2012, C-571/10) has replied in the negative to the question, asserting that *“reference made by Article 6(3) TEU to the ECHR does not require the national court, in case of conflict between a provision of national law and the ECHR, to apply the provisions of that convention directly, not applying the provision of national law incompatible with the convention”*. This Article, in fact, *“does not govern the relationship between the ECHR and the legal system of the Member States and nor does it lay down the consequences to be drawn by a National court in case of conflict between the rights guaranteed by that convention and a provision of national law”*. By excluding that the Article 6, par. 3 requires the direct non-application of the provision of national law not compatible with the convention, the ECJ has thus confirmed the interpretation, followed by the ICC, according to which the legal treatment of the ECHR is not changed after the entry into force of the Lisbon Treaty.

1.3.3.5.1. The duty of consistent interpretation with ECHR’s provisions.

The ICC, with its pronunciations, finds a precise duty of the ordinary judge: indeed, the bound of an interpretation consistent with the conventional rules means that the judge has the duty to find any possible interpretation that could be in compliance with the ECHR. So only if this interpretation is vain, the judge can ask the intervention of the ICC.

The valorisation of the interpretive power of judges is really significant.

Significantly, with the decision n. 239/2009, the Constitutional Court considers that the previous tentative to interpret the internal rules in compliance with the conventional provisions is a kind of “*pre-condition*” to activate a judicial review’s judgement.

So, the Constitutional Court can consider admissible only the question on the constitutionality of a norm that could not have been interpreted in compliance with conventional provisions (in the meaning given to them by the Court of Strasbourg).

It shall be added that this technique of interpretation (so-called *interpretazione adeguatrice*) was already used by the ordinary judges (cfr. S.C., United Sections, from nn. 1339 to n. 1341 of 2004, with which it was imposed to the judge to follow the interpretation of conventional rules given by the Strasbourg Court), but significantly, only in consequence of the decision of the Constitutional Court, this technique has become a real bond for the ordinary judge.

The Constitutional Court clarifies that ECHR’s provisions *live* in the interpretation of the Strasbourg Court (decisions no.s 348 and 349 of 2007) and their main characteristic is the fact that in national orders they are “interposed norms”, which shall be interpreted exactly as the Strasbourg’s Court did (decision no. 39/2008).

Consequently the domestic jurisprudence, both constitutional and ordinary, is unconditionally bound by the interpretation of conventional rules given by the Strasbourg’s jurisprudence, and as I anticipate above, the fundamental steps of this process are the ICC’s decisions no.s 348 and 349 of 2007, 39/2008, 311 and 317 of 2009, 187 and 196 of 2010, 80/2011, 264/2012).

From the decisions nn. 348 and 349 of 2007 emerged an “*eminent interpretative function*” of the Strasbourg Court and the Constitutional Court restates that the ECHR’s rules and their interpretation are under the

jurisprudence of the Court of Strasburg. Therefore, it is the sub-constitutional disposition that enters the Italian order and becomes the norm, as the product of interpretation, and not the ECHR's provision.

In here the important fact is that a Court legitimates the action of another Court⁷².

However the Court, in emphasizing the role of the ECHR, also affirms, in relation to control over the constitutional legitimacy of domestic legislation, that the ECHR's decisions are not unconditionally binding. It means that "*the judicial review of legislation has always to be informed to a reasonable balance between the international bounds ex Art. 117, par. 1 Const. and the protection of other constitutional interests*".

So with the cited decisions, the Constitutional Court did not expressly recognized an interpretive exclusive monopoly of the Strasbourg Court in the determination of the exact meaning of the conventional provisions.

Later, in decision no. 38/2008, the ICC better spelled out its position to clarify what in the previous 2007's decisions seemed to have remained untold. The Court there affirmed that, as - in its view - already stated in the 2007's decisions, the special status of the ECHR provisions lies in the fact that, with regard to their interpretation, all State parties are bound to abide by the ECtHR jurisprudence (except for cases involving constitutionality matters). It was, thereof, confirmed, the absolute interpretative bound of the conventional jurisprudence in the determination of the exact meaning of the ECHR's provisions.

As said, this bound did not clearly emerged from decisions of 2007 but it has been confirmed by the decision no.s 311 and 317 of 2009. With those last cases the ICC affirmed that, unless the ECHR's provision are

⁷² POLACCHINI F., *Cedu e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.org, 14 settembre 2010.

in contrast with the Constitution, “*it is not possible to interpret the conventional rules in a way divergent from the one of the Strasbourg Court*”.

The interpretive function of the Court of Strasbourg is now so deep and eminent to exclude the possibility for national - and even constitutional - judges to integrate the meaning of conventional provisions that had been already interpreted by the European Court.

The importance of the Strasbourg jurisprudence is evidenced by the fact that all of the times in which it is raised a conventional arrangement, the ICC reconstructs the prescriptive meaning by operating an analytical research of the ECtHR’s case law (*ex plurimis*, ICC decision no.s 311/2009, 317/2009, 93/2010 With reference to Art. 6 ECHR; decision no. 39/2008, with reference to Art. 8 ECHR; decision no. 187/2010, with reference to Art. 14 ECHR).

In any case, still exist the possibility that the same Court of Strasbourg accords to the States the power to uphold an autonomous interpretation of the conventional provisions. This, as well specified by the ICC with the decision no. 311/2009, can occur when, “*in case of reasons of relevant public interest*”, the Legislator can avoid the ban to interfere with the administration of justice, stated by Art. 6 ECHR.

From the decisions examined above emerges the consciousness of the national jurisprudence - both of the Constitutional Court and of the Supreme Court of Cassation - that the text of the ECHR lives through the decisions of the Strasbourg Court, which make it meaningful.

This is confirmed by the national ordinary jurisprudence. Indeed it is rare that any national decision - when is asked to the Constitutional Court the exercise of the power of judicial review or is valued the coherence of the national legal sources with the conventional provisions - in referring to an article of ECHR, does not refer also to the position expressed by the Court of Strasbourg.

The necessity, for the national judge, to conform its jurisprudence to the interpretation of conventional rules stated by the Court of Strasbourg

has been recently highlighted by the ICC with decision no.s 187 and 196 of 2010.

In the first case the Court, deciding a case about welfare rights and after having recalled the evolution of Strasbourg jurisprudence, affirmed that *“the judicial review of national legislation has be done considering interpretive results of Strasbourg’s jurisprudence about the principle of non discrimination stated by article 14 of the Convention”*.

In decision no. 196/2010 the ICC stated that *“from the jurisprudence of the Court of Strasbourg, in particular on interpretation of articles 6 and 7 of the Convention, it can be derived the principle according to which every kind of punitive measures adopted by the State have to respect the limits and regulation the State grant to offences”*.

The statements of the above cited decisions clearly show as the role of the Court of Strasbourg has been changed in the last years. The procedure of decisions and the effect of the pronouncements have not been formally changed, but it is the meaning and the influence of the interpretive activity of this Court on national jurisprudence that has deeply been changed.

That decisions confirm the position of those scholars who had asserted - years ago - that the decisions of the Court of Strasbourg, even in absence of any formal provision or rule in this sense, will have an universally recognized binding force. Consequently they could both determine the illegitimacy of national provisions in contrast with ECHR ones and orient and influence the interpretation of national legal sources⁷³.

The interpretive authority of the Court of Strasbourg seems to have received further support from the recent opening for signature of Protocol. 16 (2 October 2013), which should enter into force on the expiry of three months after the ratification and approval by ten Contracting States, in pursuant to Art. 8 par. 1.

⁷³ SORRENTINO F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 95.

The aim of this Protocol is to strengthen the institutional dialogue between the domestic courts and the European Court by the opportunity for the highest courts of a Contracting State to request an advisory opinion on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto. The usefulness of introducing a system of preliminary ruling link between national courts and the European Court had been highlighted by the scholars for some time⁷⁴. It was believed that the intervention of the European judge would serve to ensure consistency of interpretation between the two levels (international and domestic) of protection.

The reference model in the context of the European Union, consisting of the preliminary ruling to the ECJ was not completely implemented within the framework of the Convention, as the preliminary ruling mechanism would have been an alternative to the model established by the Convention, which requires the prior exhaustion of domestic remedies.

Art. 1 of Protocol 16 states that: *“Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.*

The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it.

⁷⁴ FORLATI PICCHIO L., *A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?*, in CARLASSARE L. (edited by), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali: da un incontro nell'Università di Ferrara, 11 e 19 febbraio 1987*, Cedam, Padua, 1988, p. 259; TANZARELLA P., *Art. 46 Cedu: condizione necessaria ma non sufficiente per la diretta esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (edited by), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU: il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle Sentenze di Strasburgo: atti del seminario, Ferrara, 9 marzo 2007*, Giappichelli, Turin, 2007, p. 245 ss.

The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case”.

Art. 5 clarifies that “*Advisory opinions shall not be binding*”. Despite the absence of formal binding force of the opinion, the court, faced with the alternative on whether to comply with the opinion issued by the Court or not, is likely to have interest to comply with it because the adoption of a different solution would expose the state, with a high degree probability, to the declaration of international responsibility because of the violation of the conventional legality. In addition, the individual, in the event that the domestic court does not comply with the opinion, will possibly feel highly motivated to refer the issue to the European Court, on the basis of those “anticipations” of judgment which is in fact obtainable from the advisory opinion⁷⁵.

1.3.3.6. The adaptation of the Italian legal order to the obligations under ECHR and to Strasbourg Court’s decisions.

Article. 46, par. 1 ECHR which commits States Parties “*to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties*” is the basic rule regarding the execution of judgments of the ECtHR.

The other paragraphs of Art. 46 (2-5) govern the powers of the Committee of Ministers and the Court itself in the exercise of control over the execution of judgments by the States responsible for violations of the ECHR.

⁷⁵ PETRALIA V., *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I quaderni europei*, 2013, p. 18; RUGGERI A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'unione alla cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *www.rivistaaic.it*, 07.02.2014, p. 11.

Art. 46 should be read in conjunction with Art. 41 ECHR, by virtue of that: “*If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party*”.

The obligations “*to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties*” established by Art. 46 implies some duties for the States: the cessation of the breach, the reparations of the consequences to the individual applicant (*restitutio in integrum*) or, in case of impossibility, the satisfaction of the applicant, and the prevention of similar violations. Regarding of this latter duty the most significant changes stand out. The reference is to the pilot judgments, a practice now formalized by Art. 61 of the Rules of Court. The Court may initiate a pilot judgment procedure and adopt a pilot judgment where the facts of an application in the Contracting Party concerned reveal the existence of a structural or systemic problem or other similar dysfunction which has given rise or may give rise to similar applications.

The *Dorigo* (9 September of 1998), *Scordino* (29 March of 2006) and *Torregiani* (8 January 2013) cases may be cited as examples of pilot judgments adopted against Italy.

In matter of execution of ECtHR’s judgments reveal Law no. 12/2006 which provides “*Disposition on execution of the European Court of Human Rights’ decisions*”. This act amended a previous law (article 5 (3, lett. a-bis) Act. n. 400/1988, regulating the activity of Executive power) and establishes that the Prime Minister must assure that the Government activity shall be consistent with European Court’s decisions. Additionally, the Prime Minister has to communicate any new European decision to the Parliament in order to allow the examination of the permanent parliamentary commissions. He must also present an annual relation on the state of execution of those decisions to the Parliament. The Parliament may well have knowledge of legal judgments against Italy and, in the case

of decisions which require the adoption of legislative measures, the Chambers will assess the most appropriate.

Among the legislative measures taken to conform the domestic system to the decisions of the Strasbourg Court law no. 89/2001 should be noted: *“Provision of equitable reparation in the event of breach of the reasonable time of the process and the amendment of Article 375 of the Code of Civil Procedure”* (known as *legge Pinto*). This law has implemented into domestic law the rulings of the ECtHR on the reasonable time of the conclusion of the trial and on the compensatory measures necessary in the case of unreasonable delay.

Law no. 95/2004 may be mentioned, regarding the control on the correspondence of prisoners, which intervenes in order to adapt the prison discipline of controls on the correspondence with the principles emerging from the judgments of the Strasbourg Court, which has on several occasions criticized the Italian legislation. In this sense, the judgment on the case of the prisoner *Calogero Diana* (decision 15 November 1996, *Diana v. Italy*), represents the leading case on the guarantees on the control of prisoner correspondence.

Finally, in order to give a first answer to the problem detected by the judgment *Sejdovic* (GC, decision 1 March 2006, *Sejdovic v. Italy*) on the matter of trial *in absentia*, Art. 175, par. 2 of the Criminal Procedure Code was amended by Decree-Law no. 17/2005, converted into law by law. no. 60/2005.

1.3.3.7. The overcoming of the final criminal judgment in breach of ECHR.

The principle of “subsidiarity” which governs the system of access to the European Court and the related imposition of preventive exercise of the domestic judicial remedies (as a prerequisite for access to the

protection of the ECHR) implies that the judgment must relate to an internal final verdict - hence the question whether or not *res judicata* constitutes a limitation to the application of the ECtHR's decisions. The acknowledgement, under Articles 41 and 46 ECHR, of the right of the successful party in the ECHR to *restitutio in integrum* implicates the renewal of the national proceedings or the reopening of the process already exhausted in every case in which this is the instrument required to reassign the protection of fundamental rights guaranteed by the Convention to the individual.

As stated by Strasbourg Court, "*a new trial or a reopening of the proceedings on the application of the individual, in principle, constitutes an appropriate means to remedy the violation found*" (GC, decision, 1 March 2006, *Sejdovic v. Italia*; decision 18 gennaio 2011, *Guadagnino v. Francia*).

In criminal proceedings, the principle has had recognition in the *Somogyi* case (mentioned above), which gave way to a real turning point in favor of recognizing the ECHR provision and the ECtHR's case law as having immediate effectiveness.

This point of view has been confirmed by the *Dorigo* case (mentioned above), which stated the invalidity of the order of detention issued in execution of a the final verdict because it was in breach of the ECHR. The Supreme Court of Cassation ruled that "*the Italian national court is obliged to comply with the case law of the Strasbourg Court, also if this involves the need to question, through the re-examination or reopening of criminal proceedings, the inviolability of res judicata*".

In addition, it may be mentioned the *Drassich* case (mentioned above), in which the Supreme Court admitted a new case of an extraordinary appeal against the Supreme Court's decisions, in pursuant to Art. 625-bis of the Code of Criminal Procedure.

Finally, in the above-mentioned *Scoppola* case, the Court restated the previously imposed penalty, which was replaced with that which had been considered lawful by the Strasbourg Court.

These Supreme Court decisions have given the way to a very significant ICC decision. By decision no. 113/2011, the ICC declared the unconstitutionality of art. 630 of the Code of Criminal Procedure, insofar as it does not provide for a different case of revision of the judgment or of the penal order in order to achieve the reopening of the process, when it is necessary to comply with a final judgment of the Strasbourg Court, pursuant to Art. 46, par. 1, of the ECHR.

In addition, in decision no. 210/2013 the ICC recognized that: *“the final criminal verdict does not prevent the court from intervening in order to modify the penalty, when the measure of this is provided by a rule which has been recognized in violation of the European Convention, and when this recognition supports a highly probable judgment of unconstitutionality of such a rule because the violation of Article 117, par. 1 of the Constitution”*. Moreover, the ICC asserted that the obligation of complying with the final decisions of the EctHR should be considered as implicitly extended to the *restitutio in integrum* of all those who, although not having appealed to EctHR, suffered the same offense of that ascertained in the present case. The conditions needed to benefit from a decision by the Corte Edu given in another judgment are the following: first, an EctHR’s decision which has ascertained the violation of a substantive provision of the ECHR (and not a procedural rule) must be executed; second, the case pending before the executing court and that decided by the Strasbourg Court must be identical; third, it must be possible for the remedy to be used directly in the executive, without requiring the reopening of the judgment of cognition. The exigency that subsists these three kinds of requirements have been confirmed by ICC order no. 235/2013.

1.4. The relationship between national and EU law.

With reference to the relationship between national and EU law,

scholars have always recognized the EU treaties as having a supra-legislative rank⁷⁶. On the contrary, the case-law's path has been more tortuous. In fact, regarding the Italian experience, the implementation process of the European Court of Justice's decisions has been long and controversial.

In decision *Coast v. Enel* (15 July 1964) the European Court of Justice (henceforth referred to as: ECJ) affirmed the principle of the primacy of Community law on those subsequent internal, arguing that “*the Member States in the areas covered by the Treaties have limited, albeit in limited fields, their sovereign powers and created, therefore, a legal order binding on their citizens and on themselves*”.

On the occasion of the judgment *Coast v. Enel*, Mr. Costa had adhered to the thesis of the use of Art. 11 of the Constitution to confer a constitutional foundation to the Community treaties and had objected before the domestic court that Italian law on the nationalization of electricity (as conflicting with a set of EEC Treaty clauses) was also in breach of Article 11, which would ensure the primacy of the Treaty on the domestic law.

However, in decision no. 16/1964, the ICC ruled that, while art. 11 allows, under certain conditions, limitations of sovereignty, this does not mean that the laws of the execution of the international treaties have constitutional *status*.

Thus, as the Treaty had been executed by an ordinary law, a posterior ordinary law (like the one on the nationalization of electricity) would have been repealed from the Treaty itself by virtue of the principle of temporal succession laws.

The first important change came with decision no. 183/1973, the so-called *Frontini* judgment, which affirmed the resistance of the Community rules with respect to subsequent conflicting internal rules

⁷⁶ COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Turin, 2010,

because of the coverage ensured by Art. 11 of the Constitution to the supranational law. As clarified: *“This provision, which not coincidentally was placed among the “fundamental principles” of the Constitution, marks a clear and precise political address: the constituent was referring to the accession of Italy to the United Nations, but was inspired by programmatic principles of general value, of which the European Economic Community and other regional organizations constitute the European concrete implementation”*.

With this decision, the Court moved away from what was previously affirmed by the judgment *Costa v. Enel* and adopted the doctrinal solution of the interpretation of the term “limited sovereignty” contained in art. 11 of the Constitution. In addition, the ICC elaborated the counter-limits doctrine, by virtue of which such limitation of sovereignty cannot cause a violation of fundamental principles and inviolable human rights of the Italian constitutional order.

Subsequently, in the *Simmental* case (9 March 1978), the ECJ declared the unacceptability of the principle followed by the ICC which had reserved itself the review on the prevalence of the Community rules to the domestic ones, stating that *“the national bodies have the duty to apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers to individuals. In this perspective, they must not apply any domestic provision (even posterior) conflicting with Community law, without having to request or await its prior removal”*.

Only in 1984, with decision no. 170 (*Granital*), the ICC recognized the power of national courts to directly not apply domestic rules in contrast with the Community law. However, the need to refer the question of constitutionality of the internal source conflicting with a supranational non self-executing provision to the ICC still remains” (decision no. 28/2010).

The ruling 170/1984 put an end to the contrast between the ICC and the ECJ, despite the fact that the latter upholds a monistic orientation under which Community law is integrated with national laws, while the

former adheres to the dualistic view.

Subsequently, in decision no. 113/1985 (*Beca. V. Ministry of Finance*), the ICC entered the interpretative judgments of the ECJ within the sources of Community law to which the prevalence on domestic ones must be ensured.

With judgment no. 168/1991, the ICC recognized the direct applicability of Community directives, provided that their content was determined with perfection in their entirety and the deadline for implementation had expired.

Finally, in judgments no.s. 384/1994 and 94/1995, the Court established the need to prevent the adoption of regional standards in conflict with Community law.

Based on the principle of the primacy of EU law on the Italian legal system, the aforementioned settlement is also important in terms of interpretation because it entails a presumption of conformity of domestic law to the supranational source. It follows that, among the possible interpretations of a domestic provision, that which complies with the requirements of the Union (ICC, decision no.s 176 and 177 of 1981, 170/1984) should be privileged. Thus, if the wording of a provision allows it, the prevalence of supranational non-self-executing rule is ensured by way of interpretation, without the need to refer the question of the constitutionality to ICC.

The need to ensure the compatibility of domestic law with EU law by way of the interpretation stands precisely in the case of EU non-self-executing acts, with reference to those in which the most significant applications of the consistent interpretation doctrine appear⁷⁷.

The above outlined reconstruction of the relationships between sources of law does not work with respect to the relationship between

⁷⁷ POLACCHINI F., *I rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea*, in MEZZETTI L. (ed.), *Diritto costituzionale. Casebook*, Maggioli, Rimini, 2013, p. 15.

domestic and international rules. As stated by the ICC, there it should be a clear distinction between Community and international law. Especially with reference to the ECHR, the ICC clarified that: *“By adhering to the Community treaties, Italy became part of a broader supra-national “legal order”, ceding part of its sovereignty, including legislative powers, in the fields covered by those treaties, subject only to the limit of the mandatory nature of the principles and fundamental rights guaranteed in the Constitution. The ECHR on the other hand does not create a supra-national legal order and therefore does not produce provisions directly applicable in the signatory states. It therefore has the status of a multilateral international treaty – albeit with special characteristics which will be discussed below – creating “obligations” for the signatory states, but not the incorporation of the Italian legal system into a broader system with organs capable of passing binding legislation, omisso medio, on all internal authorities of the Member States”* (decision no. 348/2007).

Conclusively, it must be stressed that the ICC has recently changed its case law regarding the possibility, recognized by itself, to refer a preliminary ruling by the ECJ in pursuant to Art. 267 TFEU (previously Art. 234 TEC).

Before, the Court had, in fact, argued the impossibility of including itself among the *“judicial bodies, whether ordinary or special they are, because the differences between the task given to the first - unprecedented in the Italian system - and those well-known and historically established their own judicial bodies are so many and so deep”* (decision no.s 13/1960, 535/1995).

This self-exclusion from the institutional dialogue with the ECJ concluded with order no. 103/2008, through which the ICC recognized itself as a judicial body under Art. 267 TFEU (previously Art. 234 TEC). In constitutional proceedings in which the court is seized directly (*‘giudizio in via principale’*, in italian), the ICC is the sole judicial body, thus it has the right to make a reference for a preliminary ruling before the ECJ. Otherwise the general interest to the uniform application of EU law would

be jeopardized. As clarified: *“regarding the existence of the conditions necessary in order for this court to make a preliminary reference to the European Court of Justice on the interpretation of Community law, it should be pointed out that, albeit in its particular role as supreme constitutional guarantor of the national legal order, the Constitutional Court amounts to a national court within the meaning of Article 234(3) of the EC Treaty and, in particular, a court of first and last instance (since – pursuant to Article 137(3) of the Constitution – its decisions are not subject to appeal): therefore, in constitutionality proceedings in which the court is seized directly, it has the right to make a preliminary reference to the European Court of Justice. In these types of constitutionality proceedings, in contrast to those concerning an incidental appeal, this Court has the sole right to pass judgment on the dispute”*. This has recently been confirmed by order no. 207/2013, through which the ICC recognized the possibility to refer for a preliminary ruling before the ECJ even in constitutional proceedings in which the ICC is not seized directly (*‘giudizio in via incidentale’*, in Italian).

1.4.1. Italian participation in the formation and implementation of EU’s legislation and policies.

1.4.1.1. General provisions.

The Italian participation in the formation and implementation of European legislation, also because of the changes occurred in the EU following the entry into force of the Lisbon Treaty, have recently been redefined with approval of the law of 24 December 2012, no. 234 on new *“General provisions on Italy’s participation in the formation and implementation of legislation and policies of the European Union”*.

This law, which repealed the Law of 4 February 2005 no. 11, introduced a comprehensive reform of the previous legislation,

establishing a greater involvement of the national parliament and local government in the period preceding the formation of the European acts, providing forms of synergistic collaboration between Parliament and members of the Government, a faster implementation of directives and a new discipline of matters affecting the relationship between the State and the European Union.

By virtue of Art. 1, this law “governs the process of Italy’s participation in the EU law making process and in the preparation of EU acts and ensure the fulfillment of obligations and the exercise of powers resulting from belonging to EU’s order, in accordance with Articles 11 and 117 of the Constitution”, and on base on the principles of subsidiarity, proportionality, sincere cooperation, efficiency, transparency and democratic participation”.

In the new EU Treaty (after the Lisbon Treaty changes), these represent the principles with which the relationships between the EU, Member States and citizens of the same must complied.

Article 2 provides for the establishment of the Interministerial Committee for European Affairs (CIAE) - formerly the Interministerial Committee for European Community Affairs (CIACE), in pursuant to Art. 2, law no. 11/2005. This body operates at the Presidency of the Council of Ministers and pursues the aim to agree upon the policies of the Italian Government in the process of formation of the Italian position during the preparation of EU acts, taking into account the position expressed by the Chambers. In addition, it ensures the timely fulfillment of the tasks provided by the present law.

The President of the Council of Ministers or, by delegation, the Minister for European Affairs, convenes and presides over the Committee’s work. The Ministers of Foreign Affairs, Economy and Finance, Regional affairs, tourism and sport, territorial cohesion and the others having competence in the matters on the agenda participate in the Committee’s work. If the matters under examination of the Committee affect areas of regional and local importance, the President of the

Conference of the Regions and Autonomous Provinces or a President of the autonomous region or province delegated by him, and the President of the National Association of Italian Municipalities (ANCI), of the Union of Italian Provinces (UPI) and of the National Union common, community, institutions mountain (UNCCEM) - in their areas of responsibility - are also involved.

For the unitary definition of the Italian position to represent successively - in agreement with the Ministry of Foreign Affairs - in the European institutional place, the general guidelines and directives approved by CIAE are communicated to the Department for European policies at the Presidency of the Council of Ministers.

1.4.1.1. The EU law-and-policy-making process.

The more important changes compared to the provisions contained in law no. 11/2005 (due to the fundamental role recognized by the Lisbon Treaty to national parliaments and to the councils and the regional assemblies) affect the bottom-up phase of the EU law making process and the control phase of the infringement procedure.

With regard to the bottom-up phase, there is a greater Parliamentary involvement in the defining of Italian policy regarding Europe and in the process of formation of EU acts (Chapter II, Art. 3 ff.), as forms of consultation with the Government (Articles 3 and 5). In addition, it is provided that the Parliament, both in the case in which the Government intends to enter into agreements on financial or monetary policy (Article 5) and in all cases in which they participate in the process of formation of European acts (Art. 6), may issue "guidance documents" which the ministers will follow at the European, without prejudice to the possibility of providing "adequate reasons" in order to justify the different position taken (Articles 5 and 7).

With reference to the Parliamentary involvement in the process of the formation of the EU acts, Art. 6 implements what it is already provided by Art. 6, law. no. 11/2005.

A procedure whereby the President of the Council of Ministers or the Minister for European policies should transmit to both Chambers the projects of EU acts, the documents for their formulation and modification is established. In cases of particular relevance, these projects are accompanied by an explanatory note containing the evaluations of government and an indication of the expected date for their discussion or adoption.

To this end, within twenty days of the transmission of a draft of a legislative act, the intervention of the administration with the prevalent institutional competence in the matter is required. The administration is called to prepare a report that listed the following elements: a) the compliance of the project with the principle of allocation, particularly with regard to the correctness of the legal basis, and its conformity with the principles of subsidiarity and proportionality, b) an overall evaluation of the project and its prospects of negotiations, highlighting the points deemed conforming to the national interest and for whom it is believed necessary to make changes, c) the explanation of the impact of the project from point of view of: the financial effects into domestic law, regional and local competences, self-organization of the public administration and activities of citizens and companies.

Compared to Art. 4-*ter*, law no. 11/2005, Art. 6 enhances the power of the Chambers with reference to the checks of the compliance process with the principle of subsidiarity. In fact, Art. 6 provides that each Chamber, possibly in consultation with the Councils and Assemblies of the regions and autonomous provinces, can express a reasoned opinion on the compliance with the principle of subsidiarity of the draft of EU acts or of the legislative proposals based on Article 352 TFEU. The opinion may be sent to the Presidents of the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission, as well as the

Government. In the case of autonomous territorial entities should they not decide within 30 days (Article 24), the possibility of presenting, at the European level, the request for the examination of the Parliament (Article 10) or the State-Regions Conference, tempered by the substitutive power of the Government, still remains.

The concerted Parliament-Government activity continues to be realized through information that the Government is required to regularly submit to the Chamber, such as: a) the annual reports to Parliament under Art. 13 (previously Art. 15, law no. 11/2005), b) reports to Parliament on the proposed judicial and pre-litigation concerning Italy under Art. 14 (previously Art. 15 *bis*, law no. 11/2005), c) the quarterly report to Parliament on the financial flows with the EU under Art. 16 (previously Art. 15 *ter*, law no. 11/2005).

There is an emergency stop mechanism which obliges the Italian delegate in the Council of the European Union to demand that legislative proposals be submitted to the European Council, where both Chambers expressed in this way (art. 12).

The powers of parliamentary control extend not only to the stage of elaboration of the European legislation, but also affect the infringement procedures against Italy. Pursuant to Art. 15, the President of the Council of Ministers or the Minister for European Affairs is required to transmit to the Chambers (and any other public entity whose conduct is called into question by the infringement procedure) the notification, by the European Commission, of decisions regarding the beginning of an infringement procedure under Articles 258 and 260 TFEU.

The Minister who has prevalent competence is required to transmit a report to the Chamber explaining the reasons that led to the non-fulfillment or the breach alleged by the infringement procedure, also indicating the activities conducted and actions that it will take to ensure the positive outcome of the procedure. The Chambers may take all appropriate decisions in this regard.

Chapter III, Law no. 234/2012 provides some important new tools to ensure coordination of the Italian participation in the EU law making process.

Pursuant to Art. 18, the coordination of the policies deriving from Italy's membership to the EU and the adaptation of national legislation with the obligations referred to in Article 1 are carried out by the Department for European Policy (formerly the Department of the Presidency of the Council of Ministers referred to in Article 3 of the legislative decree of 30 July 1999, no. 303).

It is then provided that the Interministerial Committee for European Affairs (CIAE), for the preparation of its meetings, shall avail itself of the assistance of a technical Committee for the evaluation of the EU acts, which is established in the Department for European policies at the Presidency of the Council of Ministers. This Committee has the task of coordinating, within the framework of the guidelines of the Government, the preparation of the Italian position in the training phase of the EU acts, acting in accordance with the procedures described in Article 19.

In order to ensure a more effective participation in the formation of EU law and the timely implementation of same into the national system, Art. 20 provides that the state administrations shall identify - within the limits of the financial human and instrumental resources available under current legislation and without providing for the establishment of new organizational structures - one or more evaluation units of the EU acts.

Finally, Article 21 provides that public administrations shall promote and encourage the experience of their staff in the EU institutions and bodies, the EU Member States and candidate states for EU membership, allocating some of their employees, as in the case of transferred national experts, to temporarily provide service at the European Parliament, the Council of the European Union, the European Commission and the other institutions and bodies of the Union.

Chapters IV and V govern, respectively, the participation in the EU acts making process of regions, autonomous provinces, local governments (Chapter IV) and the social parties and the productive sectors (Chapter V).

Compared to what is formerly provided for by Articles 5, 6, 7 of the law no. 11/2005, there is a greater involvement of the aforementioned subjects, especially in relation to the configuration of the more timely informative duties of the Government, must be noticed. The involvement of regional bodies and the autonomous provinces for the purpose of verifying compliance with the principle of subsidiarity, ensuring that instances and the observations of local authorities are sent to the Chambers in time for parliamentary scrutiny and the emanation of a reasoned opinion on the compliance with the principle of subsidiarity of the draft of legislative acts referred to in Article 8 (art. 25) is, moreover, expressly provided for.

1.4.1.2. The new modality of implementation of EU Law.

Law no. 234/2012 redefines the modalities of EU law implementation.

The regulation of the top-down phase stands in continuity with law no 11/2005, although it is provided a more structured framework within some important new profiles (see Articles. 29 ff.).

For the periodic adjustment of national law to the EU order there is a kind of "splitting": in place of the instrument represented by the annual community law, two separate laws, the Law of the European delegation act (*'legge di delegazione europea'*, in italian) and European act (*'legge europea'*, in italian), are introduced.

Pursuant to Art. 29, by 28 February of each year, upon the opinion of the Permanent Conference for relations between the State, the regions and the autonomous provinces of Trento and Bolzano, the President of the Council of Ministers or the Minister for European policies,

in consultation with Minister of Foreign Affairs and other Ministers concerned shall submit the draft law to the Chambers regarding the law of the European delegation, entitled “*delegation to the Government for the transposition of European directives and the implementation of all other EU acts*”.

The European delegation act thus becomes the main tool for the implementation of EU law and contains (Article 30, par. 2, letter. A) - i)) only legislative delegations (see also Arts. 31, 32, 33, 34) and permits for the implementation by regulation of directives, framework decisions and provisions on criminal or administrative penalties for violations of the obligations contained in regulations or directives already in place (see also art. 35 and 36).

Eventually (and also separately with respect to the European delegation act) a European act bill may be presented to the Chambers. This concerns the amending or repealing of provisions of the internal rules subject to infringement proceedings or judgments of the ECJ (provisions necessary to implement EU acts and the international treaties concluded by the Union) and the provisions issued under the authority referred to in Article 41, par. 1 (Art. 30, par. 3).

The *ratio* of this new settlement can be found in the need of preparing the delegations necessary for the implementation of the EU acts in a short time.

One of the aims of the reform, in fact, is to remedy the dysfunctional practices consolidated in recent years due to the long time required for approval by Parliament of the annual Community law, which caused a significant delay in the implementation of EU law, with the consequent exposure of Italy to several infringement proceedings by the European Commission.

Also the regions and the autonomous provinces of Trento and Bolzano, in matters within their competence, shall continue to be involved in the implementation phase of EU law in accordance with the

provisions of art. 40. In the event of their non-fulfillment, it is provided that the State can exert its power of substituting to the regions (see art. 41 - along the lines of what is already provided for by Articles. 10, 11, paragraph 8, article 13, paragraph 2, and 16 , paragraph 3 of Law No. 11 of 2005).

Innovative, however, are the provisions of art. 38 which establishes rules for the implementation of specific acts.

In addition, in cases of particular political, economic and social importance, the President of the Council of Ministers or the Minister for European Policies, in consultation with the Minister of Foreign Affairs and other Ministers who may be affected, taking into account also any parliamentary acts of address, presents a bill to the Chamber containing the provisions required to ensure the implementation or application of an act, concerning the matters legislative competence of the State, issued by the EU organs.

It must be mentioned also Art. 39 (entitled Reports on missed or delayed transposition of EU directives), pursuant to which, in the case where the measure of transposition of an EU directive has not timely been adopted, the President of Council of Ministers or the Minister for European policies, in order to prevent the opening of an infringement procedure, asks the Ministers with prevalent institutional competence in the matter the reasons for the missed exercise of the delegation or the missed or delayed adoption of the ministerial decrees or regulations for the transposing of EU directives. They then transmit a report to the Chambers explaining the reasons given by the respective administrations to justify the delay in transposition. The President of the Council of Ministers (or the Minister for European policies) must also assume the responsibility of informing the Chambers. Every six months, in fact, the Chambers must be informed about the state of the transposition of directives by the regions and autonomous provinces in matters within their competence, and every three months the Council of Ministers must be informed about the *status* of implementation of the EU directives

which are due to expire within six months and the reasons for the failure or delay in transposing directives.

Compared to the provisions in law no. 11/2005, law 234/2012 dedicates a separate chapter (the VII (Articles 42 and 43)) to the regulation of litigation. Article 42, relating to appeals to the ECJ, provides that decisions on such appeals or actions in the proceedings pending before the same court for the protection of situations of important national interest are taken by the President of the Council of Ministers or by the Minister for European policies, in collaboration with the Ministry of Foreign Affairs and in consultation with the Ministers concerned.

The government is also assigned the task of presenting appeals approved by the Chambers against an EU act for breach of the principle of subsidiarity to the ECJ. Article 43, however, along the lines of what is already provided by Art. 16-bis, law no. 11/2005, contemplates state compensation against regions or other public authorities responsible for violations of EU law.

Another significant new profile of the new legislative text under consideration is represented by the presence of the provisions relating to the regulation of state aid (Chapter VIII, Art. 44-52), not present in law no. 11/2005.

Finally, with regard to the transitional provisions of law no. 234/2012 (Chapter IX, Art.s 53-61), the following provisions are of particular interest:

- a) Art. 53, concerning equality of treatment, within the meaning of which the rules of Italian law or internal practices that have a discriminatory effect with respect to the condition and treatment of citizens guaranteed in the Italian order to EU citizens shall not be applicable to Italian citizens (cfr. Art. 14*bis*, law no. 11/2005);
- b) Article 54 which provides that the Committee for the fight against fraud against the European Union (formerly the Committee pursuant to art. 3 of the Presidential Decree of 14 May 1997 . 91)

operates at the Presidency of the Council of Ministers, Department for European policies;

c) Art. 55, governing the contact points in Europe, rules that the Presidency of the Council of Ministers, Department for European policies, is the national contact point for administrative cooperation between the competent national and European authorities and shall carry out the tasks of national coördinator at the European Commission, while Art. 56 is without prejudice to the institutional powers of the Minister of Foreign Affairs.

Literature

BARBERA A.,

- Art. 2, in BRANCA G. (edited by), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali (Art. 1-12)*, Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Rome, 1975;

- "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in CALIFANO L. (edited by), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Turin, 2004.

BARILE P., *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Com. intern.*, 1966.

BERTI G., *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padua, 2004.

BILANCIA P., D'AMICO M. (edited by), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milan, 2009.

BIN R., PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Turin, 2012.

BONOMI A., *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Giappichelli, Turin, 2008.

CANNIZZARO E., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 2011.

CAPOTORTI F., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1995.

CASOLARI F., *Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order: The Doctrine of Consistent Interpretation*, in CANNIZZARO E., PALCHETTI P., WESSEL R.A. (edited by), *International Law as Law of the European Union*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2012.

CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2013.

CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Laterza, Rome-Bari, 2006.

CATALDI G., *Italy*, in SHELTON D. (edited by), *International Law and Domestic Legal System. Incorporation, Transformation and Persuasion*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

CICCONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Turin, 2007.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Naples, 2013.

D'ATENA A., *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1967.

FOCARELLI C., *Lezioni di diritto internazionale*, Cedam, Padua, 2008.

FORLATI PICCHIO L., *A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?*, in CARLASSARE L. (edited by), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali: da un incontro nell'Università di Ferrara, 11 e 19 febbraio 1987*, Cedam, Padua, 1988.

GIANNITI P., *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento convenzionale Cedu*, in GIANNITI P. (edited by), *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Rome, 2013.

GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milan, 2010.

IVALDI P., *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (edited by), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Turin, 2011.

KELSEN H.,

- *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in ID., *La Giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milan, 1981;

- *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milan, 1989.

LEANZA U., CARACCILO I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Giappichelli, Turin, 2012.

LUZZATTO R., *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (edited by), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Turin, 2011.

MANES V., *The entrenchment of the ECHR in the Italian legal system*, in *Percorsi costituzionali*, 2012.

MARTINICO G., *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *The European Journal of International Law*, 2012.

MARTINICO G., POLLICINO O., *Report on Italy*, in MARTINICO G., POLLICINO O. (edited by), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010.

MEZZETTI L.

- *Human Rights*, Bononia University Press, Bologna, 2010;

- (edited by), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Turin, 2011;

- (edited by), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Turin, 2013;

- (edited by), *Diritto costituzionale. Casebook*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2013.

MONACO R., CURTI GIALDINO C., *Diritto internazionale pubblico. Parte generale*; Utet, Turin, 2009.

MORI P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. intern.*, 1983.

NOLLKAEMPER A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996.

PARODI G., *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Giuffrè, Milan, 2012.

PETERS A., *The Position of International Law Within the European Community Legal Order*, in *German Yearbook of International Law*, 1997.

PETRALIA V., *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I quaderni europei*, 2013.

PINELLI C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1999.

PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Rome, 2011.

POLACCHINI F.,

- *Cedu e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.org, 14 settembre 2010;

- *The Impact of ECHR on the Italian Legal System: Recent Developments in the Constitutional Jurisprudence*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2-3, 2013;

- *I rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea*, in MEZZETTI L. (edited by), *Diritto costituzionale. Casebook*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2013;

- *I rapporti con l'ordinamento della CEDU*, in MEZZETTI L. (edited by), *Diritto costituzionale. Casebook*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2013.

ROSSI S., *Sull'immediata precettività delle disposizioni Cedu alla luce della sentenza Dorigo*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (edited by), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU: il rango delle norme della Convenzione*

e l'efficacia interna delle Sentenze di Strasburgo: atti del seminario, Ferrara, 9 marzo 2007, Giappichelli, Turin, 2007.

SCHILLACI A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Naples, 2012.

RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Turin, 2013.

RUGGERI A.,

- *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.giurcost.org, 04.06.2011;

- *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'unione alla cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in www.rivistaaic.it, 07.02.2014.

SALERNO F., *Diritto internazionale. Principi e norme*, Cedam, Padua, 2011.

SINAGRA G., BARGIACCHI P., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milan, 2009.

SORRENTINO F.,

- *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005;

- *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padua, 2009.

SCHÜTZE R., *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

TANZI A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Cedam, Padua, 2010.

TULKENS F., *What are the Limits to the Evolutive Interpretation of the Convention?*, in *Dialogue between Judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, January 2011.

TANZARELLA P., *Art. 46 Cedu: condizione necessaria ma non sufficiente per la diretta esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (edited by), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU: il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle Sentenze di*

Strasburgo: atti del seminario, Ferrara, 9 marzo 2007, Giappichelli, Turin, 2007.

TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milan, 2005.

TRIEPEL H., *Diritto internazionale e diritto interno*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Turin, 1913.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (edited by), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milan, 2011.

ZANGHÌ C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *Dir. uomo*, 2007.

ZICCARDI CAPALDO G., *The Pillars of Global Law*, Aldershot, Ashgate, 2008.

ZOLO D., *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in *Fil. pol.*, 1998, 2.

Paraguay: diálogo entre Tribunales Nacionales e Internacionales

*Jorge Silvero Salgueiro**

I. Situación institucional judicial

La Corte Suprema de Justicia de Paraguay fue instaurada por la Constitución de 1870¹ y desde entonces su labor es continua y permanente, a pesar de los cambios de regímenes políticos (autoritario/democrático) y de los reemplazos de una Constitución por otra que tuvieron lugar en 1940, 1967 y por último en 1992. En materia judicial, la Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la República y cabeza del Poder Judicial y en tal condición integra la trilogía de los Poderes del Estado.²

En Paraguay solo existe un Poder Judicial de carácter nacional, sin que se cuente con alguna otra jurisdicción territorial autónoma. El motivo para ello radica en que el Estado es de tipo unitario, no federal, y en consecuencia, la justicia se organiza en forma nacional y con una estructura piramidal.

El Poder Judicial se divide en 16 circunscripciones territoriales en donde tienen asiento juzgados individuales de primera instancia y Tribunales colegiados de tres miembros de segunda instancia. La Corte Suprema de Justicia actúa en tercera instancia en ciertas causas y ejerce

* Investigador Visitante. *Fordham Law School, Fordham University, New York.*

¹ Bajo la Constitución de 1870 se denominó Superior Tribunal de Justicia debiendo su nombre actual al cambio producido por la Constitución de 1940, denominación que se mantuvo en las Constituciones posteriores.

² Silvero Salgueiro, Jorge, "Los orígenes del Poder Judicial Paraguayo en el siglo XIX", en: Corte Suprema de Justicia, *El Poder Judicial en el Paraguay, 1870-1900*, T.I, DILP, Asunción, 2011. http://www.pj.gov.py/ebook/el_poder_judicial_en_el_paraguay.php

una jurisdicción nacional. Sus decisiones son definitivas e inapelables juzgando, por tanto, en última instancia.

El hecho de que el Poder Judicial cuente con diversas jurisdicciones según la materia (civil, penal, niñez, etc.) y que sus circunscripciones territoriales coincidan prácticamente con los 17 departamentos de la República incide en que la justicia sea desconcentrada, pero siempre cohesionada a un mismo cuerpo y sujeta a la función de superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, función que más allá de ejercer un control sobre la organización cumple un rol de mantener el espíritu de cuerpo de la misma.

Ya en su sentencia N° 83 del 17 de octubre de 1899 el Superior Tribunal de Justicia entendió que *“cada Juez es independiente en el ejercicio de su jurisdicción en la forma establecida en las leyes”*, pero que *“el ejercicio de la superintendencia del STJ es el medio de mantener el orden y la disciplina de las dependencias.”*³ Por su parte, la doctrina paraguaya clásica apuntalaba en el mismo sentido: *“El ejercicio de esta facultad comprende, desde luego, la de dictar su reglamento interno el Superior Tribunal , así como los de los tribunales inferiores. Es en virtud de ella que concede o deniega permiso para dejar de asistir a sus despachos a los funcionarios de la Administración de Justicia, que dicta las Acordadas necesarias para la ordenada tramitación de los juicios, con tal que no sean apuestas a las leyes sobre procedimientos...”*⁴. A todo ello se suma que el Poder Judicial goza actualmente de autonomía presupuestaria correspondiendo a la Corte Suprema las decisiones sobre el manejo y asignación de los rubros. El presupuesto judicial requiere ser aprobado por el Congreso y es verificado por la Contraloría General de la República, pero cuenta con un mínimo establecido constitucionalmente del 3% del presupuesto de la Administración Central.

³ González, Emeterio, Fallos y disposiciones del Superior Tribunal de Justicia correspondientes al año 1899, Asunción, 1902, p. 145-6.

⁴ Paiva, Félix, La Independencia del Poder Judicial, Asunción, 1915, p. 146.

La actual época de la Corte Suprema de Justicia se caracteriza porque desde la Constitución democrática de 1992 se encuentra organizada en Salas, siendo una de ellas la Sala Constitucional⁵. Tanto el Pleno de la Corte como la Sala Constitucional ejercen el control de constitucionalidad en forma concentrada y exclusiva, sin que ninguna otra autoridad judicial pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley o de algún otro instrumento normativo. Dicha declaración solo tiene el efecto de su inaplicabilidad al caso concreto, continuando la norma en cuestión vigente para los demás casos. Asimismo, ambas instancias tienen atribución para declarar la inconstitucionalidad de las sentencias judiciales de Tribunales y Juzgados inferiores produciendo la nulidad de las mismas. La Corte Suprema de Justicia está integrada por 9 Ministros y las otras Salas son la Civil y Comercial y la Penal. La Ley Nº 609 de 1995 organiza el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia.

En la Convención Nacional Constituyente de 1992 se debatió la reorganización de la justicia paraguaya tras un largo periodo autoritario marcado por su dependencia del Poder Ejecutivo⁶. Una de las decisiones fundamentales que se tomó fue la de fortalecer el control de constitucionalidad mediante una jurisdicción especializada. Con esa finalidad, se creyó conveniente contar una Sala Constitucional al interior de la ya tradicional Corte Suprema de Justicia antes que con un Tribunal Constitucional que entre a disputar protagonismo a dicha corte y así evitarse una “guerra de Tribunales” en un país de relativo tamaño. Recuérdese que en ese momento constituyente la población paraguaya era de aproximadamente 4.500.000 personas. El crecimiento institucional desmesurado también hubiese sido un problema de manejo institucional. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ya contaba con la atribución de

⁵ Silvero Salgueiro, Jorge, “Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Paraguay)”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 421-441.

⁶ Silvero Salgueiro, Jorge, “Reforma Política en Paraguay”, en: D. Zovatto, Daniel / Orozco Henríquez, José de Jesús, *Reforma Política y Electoral en América Latina 1978-2007*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM – IDEA Internacional. México, 2008 pp 783-819.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2527>

declarar la inconstitucionalidad desde la Constitución de 1967 pero bajo el contexto autoritario de esa época esa atribución era meramente figurativa y nunca se la ejerció contra decisiones del Poder Ejecutivo. La pretensión entonces era aprovechar el contexto democrático para transformar la base institucional de la Corte dando así cuenta del cambio político. Con ello se debería recobrar la fuerza normativa para cumplir con sus mandatos constitucionales. Y, en cierta manera eso sucedió, pues bajo la Constitución de 1992 no existe Poder del Estado cuyas decisiones escapan al control de constitucionalidad. En la actualidad, ya no resulta novedoso que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declare la inconstitucionalidad de algún Decreto del Poder Ejecutivo o alguna ley del Poder Legislativo.⁷

Ahora bien, la Constitución de 1992 creó otras instancias institucionales que en cierta manera restaron algunas funciones que en el pasado ejercía la Corte Suprema. Así, al nuevo Consejo de la Magistratura se le atribuyó el rol principal en la selección de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, magistrados y jueces del Poder Judicial incidiendo de esa forma en la composición de la justicia paraguaya, pues cuenta con la atribución de establecer las ternas respectivas. En el caso de los Ministros de la Corte, el nombramiento continua siendo una atribución compartida entre el Senado y el Presidente de la República. Sin embargo, la Corte conserva la atribución de nombrar a los magistrados y jueces.

La potestad de juzgar a los magistrados y jueces es hoy en día una atribución del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Esta atribución parece carcomer la base republicana de cualquier institución, pues aquella institución que la posee es la que más interfiere con la independencia judicial dada la posibilidad de manipulación y chantaje. El Jurado de

⁷ Véase, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay en internet: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>

Enjuiciamiento de Magistrados es uno de los fracasos institucionales de la Constitución de 1992. Su composición política⁸ es una las causas.

En materia electoral también se han introducidos cambios de suma relevancia, pues la Constitución de 1992 instauró una “Justicia Electoral”, que si bien es parte del Poder Judicial, sin embargo tiene autarquía administrativa y autonomía jurisdiccional dispuesta por la Ley 635/95. Esto significó que en los hechos opera como un auténtico Poder Electoral, pero por sobre todo porque cuenta con inmenso presupuesto, que si bien por un lado tiene relación con su atribución de organizar las diversas elecciones en el país, por el otro, está más relacionado a ser un intermediario para el pago de la subvención electoral a los partidos políticos, situación que ha creado innumerables casos de denuncias de corrupción. Al frente de la Justicia Electoral se encuentra el Tribunal Superior de Justicia Electoral cuyas decisiones son recurribles por vía de la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, ninguna de estas otras instituciones creadas por la Constitución de 1992 socaban la autoridad de la Corte Suprema de Justicia en materia de presupuesto, organización y administración del Poder Judicial y menos en materia de control de constitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia paraguaya sigue manteniendo su autoridad como en su momento lo tuvo el Superior Tribunal de Justicia en el siglo XIX.

II. Situación de las fuentes jurídicas nacionales e internacionales.

La Constitución de 1992 contiene una serie de disposiciones favorables a una integración de la República del Paraguay al orden jurídico internacional. El artículo 143 establece las bases sobre las cuales el Paraguay forma parte de la Comunidad Internacional: *“La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios:*

⁸ El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se compone de 2 Ministros de la Corte Suprema de Justicia, 2 miembros del Consejo de la Magistratura, 2 Senadores y 2 Diputados (art. 253 CP).

1. *la independencia nacional;*
2. *la autodeterminación de los pueblos;*
3. *la igualdad jurídica entre los Estados;*
4. *la solidaridad y la cooperación internacional;*
5. *la protección internacional de los derechos humanos;*
6. *la libre navegación de los ríos internacionales;*
7. *la no intervención, y*
8. *la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo.”.*

La importancia de dicho artículo es fundamental pues reconoce de un modo expreso el Derecho Internacional y, en especial, la protección internacional de los derechos humanos. Por tanto, la soberanía nacional si bien queda preservada con la consagración de los principios de independencia y autodeterminación de los pueblos, es relativa en materia de protección de derechos humanos. Otra implicancia de este reconocimiento del Derecho Internacional es que el *jus cogen* como parte del Derecho Internacional tienen el carácter de normas imperativas dentro del ámbito interno.

Ahora bien, la Constitución de 1992 no solo legitimó que el Estado paraguayo pudiera asumir responsabilidades internacionales, en el ámbito exterior, sino que además dispuso que esas obligaciones internacionales también deberían ser respetadas en el ámbito interno. En ese sentido, el artículo 141 dispone: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137.”.* Vale decir, los instrumentos internacionales se integran al ordenamiento jurídico paraguayo y se convierten en fuente interna de derechos y obligaciones, una vez que se cumplan las disposiciones del citado artículo 141.

La variedad de fuentes internacionales y nacionales que forman parte del orden jurídico paraguayo suscita la pregunta acerca de sus jerarquías. En primer lugar, la Constitución consagra el principio de supremacía constitucional y a partir de ahí construye un orden piramidal con jerarquías superiores e inferiores. El artículo 137 expresa: *“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”* Entonces, el Congreso paraguayo dicta leyes de dos jerarquías distintas, aquellas de carácter meramente nacional que están por debajo de aquellas que aprueban instrumentos internacionales. De todas formas, todo lo aprobado por el Congreso debe someterse y está sujeto al principio de supremacía constitucional. Por tanto, es en el propio Congreso donde debe juzgarse si los tratados internacionales, que se encuentran en proceso de aprobación, están o no de acuerdo con la Constitución paraguaya. Aunque el primero que debe realizar ese chequeo es el propio Poder Ejecutivo a la hora de negociar y firmar los tratados, pues la Constitución no otorga rango supraconstitucional a los tratados internacionales.

Una cuestión interesante es si cabe una acción de inconstitucionalidad contra una ley del Congreso que aprueba un tratado internacional. En teoría sería posible pues una acción así puede ser interpuesta contra cualquier ley sancionada por el Congreso, sin mayores distinguos, pero el principal problema radicaría en su eficacia. Solo una medida urgente que impida al Poder Ejecutivo concluir con el canje o depósito del respectivo instrumento de ratificación sería plenamente eficaz, pues una decisión judicial posterior a dicho acto solo tendría efecto interno, pero no internacional teniendo en cuenta que las obligaciones internacionales se generan luego de dicho acto de canje o depósito y que las medidas jurídicas internas posteriores a dicho acto no afectan la responsabilidad internacional del Estado. En ese sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27.1 dispone: *“Un*

Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado .” Llegado a este extremo en el ámbito internacional, y con una decisión constitucional tardía, ya solo cabría el mecanismo propio del Derecho Internacional que es la denuncia del tratado para dar por terminada la responsabilidad del Estado. Pero, por supuesto, a futuro.

Con respecto al tema si el orden jurídico paraguayo distingue categorías diferentes de tratados internacionales la respuesta es no desde el punto de vista de las jerarquías. Un tratado sobre derechos humanos y un tratado sobre comercio internacional tienen la misma jerarquía normativa en el orden constitucional. Son normas de tipo infraconstitucional, pero supralegal. Sin embargo, la respuesta es diferente a la hora de su denuncia. El artículo 142 dispone: *“Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.”* Ello significa que mayorías circunstanciales en el Congreso que quieran favorecer un giro autoritario de la política no podrán sustraer a la ciudadanía de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El procedimiento de enmienda constitucional es complejo y exige mayorías superiores a la requerida para lograr la aprobación de cualquier ley.

Pero la Constitución de 1992 no solo hizo adelantos importantísimos en materia de integración paraguaya a la comunidad internacional, sino que además de ello previó expresamente que el Estado paraguayo pudiera integrarse a un orden jurídico supranacional. Al respecto, el artículo 145 dispone: *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.”*

En el ámbito del MERCOSUR (Mercado Común del Sur) se generan una serie de disposiciones jurídicas por órganos comunitarios que luego son incorporados al orden paraguayo. La práctica nacional de que la autoridad legislativa paraguaya se pronuncie y apruebe el instrumento internacional ha sido el modelo a seguir, de forma tal, que disposiciones aprobadas en el ámbito del Mercosur han sido a su vez aprobadas por el Poder Ejecutivo y sus Ministerios respectivos por medios de Decretos de reconocimiento e incorporación interna de las normas comunitarias.⁹

III. Situación del diálogo entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Apenas iniciada la transición a la democracia y como prueba de que iniciaba un nuevo régimen político el Congreso paraguayo sancionó la Ley N° 1 de 1989 que *“aprueba y ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos o Pactos de San José de Costa Rica”*. Y en 1993 se reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La reciente democracia paraguaya incorporaba desde sus inicios la protección internacional de los derechos humanos como norma sustantiva y de forma decidida.

En el año 2005 tuvo lugar en Asunción el XXVI periodo extraordinario de sesiones de la Corte Interamericana y en dicha ocasión se lanzó el libro editado por la Corte Suprema de Justicia *“Aplicación del Pacto de San José de Costa Rica por órganos jurisdiccionales de la República del Paraguay”*¹⁰. Teniendo en cuenta estos hechos y la normativa constitucional descrita en el apartado anterior sobre tratados

⁹ Véase, por ejemplo, el formato de los Decretos del Poder Ejecutivo en materia de comercio exterior: “Decreto por el cual se establece la vigencia en la República del Paraguay de las Decisiones del Consejo del Mercosur y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur”: <http://www.mic.gov.py/v1/sites/172.30.9.105/files/Decreto%20N%202413%20-%202009.pdf>

¹⁰ La obra puede ser descargada en internet: <http://www.pj.gov.py/ebook/bv3.php>

internacionales puede colegirse sin lugar a dudas que desde la Corte paraguaya existe una actitud de cordialidad y respeto hacia dicha instancia jurisdiccional internacional y un pleno reconocimiento de la competencia internacional de la Corte Interamericana, en especial, de su labor de intérprete original de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo que si puede señalarse de entrada es que continua vigente la observación ya contenida en la introducción del citado libro: *“Cabe destacar que una tarea pendiente para el Paraguay es la de adoptar un mecanismo de adopción de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana en el derecho interno, a los efectos de garantizar adecuadamente el sistema regional de protección”*. Sin embargo, eso no significa que no se siga obligatoriamente lo decidido por la Corte Interamericana sobre todo en casos donde Paraguay fue condenado, aunque eso da pie a que los cumplimientos se prolonguen en el tiempo que más bien expresan reticencias del gobierno de turno acerca de lo decidido en el caso concreto. Véase, por ejemplo el caso Vargas Areco Vs. Paraguay.¹¹

El reconocimiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos, compuesto tanto por sus normas jurídicas como por su jurisdicción, tuvo un doble efecto en el ámbito jurisdiccional paraguayo. Por un lado, las normas jurídicas del sistema interamericano son fuentes de derecho en Paraguay y ello hace que los actores al iniciar una demanda demanden la violación de sus derechos contenidos tanto en la Constitución paraguaya, en la legislación nacional o en los tratados internacionales de derechos humanos. Por su parte, los jueces nacionales reconocen que las partes en juicio tienen derechos garantizados tanto por la legislación nacional como por los citados tratados. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se vuelve así un “derecho en uso” en el orden jurídico paraguayo.

¹¹ Caso Vargas Areco: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/vargas_04_09_12.pdf

Por otro lado, otro efecto es que la ciudadanía paraguaya entiende que ahora la jurisdicción nacional es solo una jurisdicción originaria y que en caso de no sentirse atendido en justicia podrá hacer uso de la jurisdicción internacional como una jurisdicción subsidiaria a la nacional. Véase, por ejemplo, el Caso del Ingeniero Canese Vs. Paraguay, ante la Corte Interamericana, sentencia del año 2004.¹² Vale decir, con la incorporación del sistema interamericano de derechos humanos se amplió al ámbito de garantías de los derechos de la ciudadanía paraguaya.

En el relacionamiento de la Corte Suprema con la Corte Interamericana el caso “Freitas y Carballo” es paradigmático porque ahí se utiliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de diversos modos, lo cual confirma el valor e incidencia que en la práctica judicial paraguaya tiene dicho orden internacional.

En efecto, en dicho caso Freitas y Carballo (Tráfico de Estupefacientes), Sentencia N° 717 de 2013, la Corte resolvió una excepción de inconstitucionalidad promovida por los Fiscales de la causa contra la Ley 4669/12 y con los fundamentos expuestos por el Ministro Preopinante Víctor Nuñez se dispuso: *“En suma, por las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar a la presente excepción de inconstitucionalidad planteada declarando la inaplicabilidad de la norma impugnada al presente caso, por vulneración de los artículos 14 incisos 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 3, 7 inciso 5, 8 inciso 1, 24, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica, y las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 17 inciso 10, 45, 46, 47 incisos 1 y 2, 137 y 143 de la Constitución Nacional.”* Entonces, en dicha formulación queda muy claro que la Corte Suprema entiende que la ley nacional violó tanto la Constitución paraguaya como tratados internacionales, universales y regionales, por tanto, declaró su inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

¹² Caso Canese: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

Además, dentro de sus consideraciones la Corte Suprema se expidió sobre el lugar que ocupan los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico paraguayo confirmando lo expuesto más arriba en el apartado segundo: *“En efecto, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (duración máxima del procedimiento) está reglamentado en el Art. 136 del Código Procesal Penal, en consonancia con el Art. 8 Num. 1º del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley Nº 1/89 y el Artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley Nº 5/92 -que integran nuestro derecho positivo vigente en las condiciones y orden de prelación que establece el Art. 137 de la Constitución Nacional”.*

Por otro lado, claramente la Corte Suprema utiliza la interpretación de la Corte Interamericana para explicitar su propia interpretación de un concepto jurídico, con lo cual se evitan interpretaciones disociantes entre ambos sistemas jurídicos. El hecho de que la Corte paraguaya se apoye en la Corte Interamericana a su vez compenetra más el orden nacional al orden interamericano. Al respecto, en el caso Freitas Carballo la Corte paraguaya sostuvo: *“Asimismo, nutrida jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo que debe interpretarse por plazo razonable; en el caso Suárez Rosero, en el fundamento Nº 70, ha dicho: “El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente....”. Asimismo, en el fundamento Nº 71, respecto a la interposición de recursos y su consecuencia en el cómputo respectivo, interpreta lo que sigue: “...Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A nº 81, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse....”. CORTE IDH Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997 (Fondo).”*

Otro importantísimo caso judicial paraguayo de reciente data y donde se garantizó el acceso a la información pública utiliza dentro de sus argumentaciones de fondo todo el material de fundamentos que puedan venir desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Se trata del Caso *“Defensoría del Pueblo c/ Municipalidad de San Lorenzo”*, una acción de inconstitucionalidad contra sentencias surgidas en un amparo que fue resuelto por la Corte Suprema mediante la Sentencia N° 1.306 de 2013.

En dicho caso, la Corte Suprema paraguaya sostuvo: *“19.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes vs. Chile” ha interpretado el art. 13 de la Convención en los siguientes términos: “el art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar” y a “recibir informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa Información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera dará las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.*

20.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano de interpretación de las disposiciones de la Convención,

siendo en consecuencia lógica y razonable que sus decisiones sean consideradas por esta Corte Suprema de Justicia. Ello permitirá evitar eventuales decisiones adversas para nuestro país por inobservancia de los principios de la Convención, que comprometerían su responsabilidad internacional.

21.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo citado ha sostenido que el “derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones” y ha fijado tres requisitos: “En primer término deben estar previamente fijadas por Ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público”. “En segundo lugar, la restricción establecida por Ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el art. 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. “Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

22.- Que, la interpretación dada en este caso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ajusta plenamente a nuestro régimen constitucional, caracterizando con precisión los alcances y las condiciones de aplicación del derecho de acceso a la información, criterios que son igualmente aplicables en la República del Paraguay.”

De esta forma, se observa que es de uso corriente el recurso a citar tanto la normativa internacional como a argumentar con base en la jurisprudencia interamericana.

Otro caso de relevancia más antiguo es *“Riera Gagliardone s/ objeción de conciencia”* resuelto por la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Nº 68 del año 1996 donde el actor solicitaba el pleno reconocimiento de su derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio aun cuando no existía una ley reglamentaria sobre la materia. Para ello hizo valer en sede jurisdiccional sus derechos garantizados en la Constitución paraguaya pero a la vez fijados también en instrumentos internacionales. En el considerando de la sentencia citada se expuso: *“En ese entendimiento el objetante ha expresado su punto de vista en un contexto normativo interno o internacional que consolida sus pretensiones. Veamos: La Declaración Universal de DD.HH. (1948) consagra el derecho de objeción de conciencia. Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la protección de los DD.HH. y de las Libertades Fundamentales (art.90), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 30), la Convención Americana sobre DD. HH. (art 121)”*. Por su parte, la Corte entendió que la pretensión del actor era válida y dispuso: *“La respuesta a la primera cuestión es afirmativa, y por tanto, es posible ejercer el derecho a la objeción de conciencia aún faltando la norma reglamentaria”*. En ese sentido, fundamentó su decisión recurriendo en parte al ámbito internacional: *“La objeción de conciencia configura un modo de expresión del comportamiento humano. Constituye parte del derecho y deber que tiene toda persona a elegir íntimamente lo que estima bueno o malo y cumplir responsablemente sus obligaciones. Tiene su apoyo en la DECLARACION DE LOS DERECHOS UNIVERSALES n.18 del 10 diciembre de 1948 que consagró el derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión.”*

Bastan estos ejemplos entre muchos otros para expresar que el derecho interno y el derecho internacional interactúan en el ámbito jurisdiccional paraguayo. Sin embargo, quedan sin resolver una seria de cuestiones técnicas de relevancia. Entre ellas, la primera cuestión que se suscita es:

¿Qué aceptación tuvo en el ámbito jurisdiccional paraguayo el control de convencionalidad? Qué incidencia tuvo en el sistema de control de constitucionalidad? Y, cuál fue su forma de implementación?

Al respecto, cabe expresar que pese a la acogida favorable que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el ámbito jurisdiccional paraguayo la Corte Suprema o no se vio obligada o no ha tenido la oportunidad de manifestarse expresamente sobre cómo operaría el control de convencionalidad en Paraguay. Este hecho contrasta con otras experiencias en ciertos países latinoamericanos donde dicho tema generó una serie de iniciativas. Así, en México al tratarse el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana “Radilla Pacheco” la Suprema Corte de Justicia mexicana prácticamente cambió por vía jurisprudencial el sistema de control de constitucionalidad de concentrado a difuso, y además, apoyó la tesis de que cada juez mexicano en el ámbito de su competencia podía de oficio aplicar la Convención Interamericana de derechos humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos desaplicando la legislación mexicana contraria a dichos instrumentos. Todo lo cual, también tuvo como contexto la reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de Derechos Humanos que sentó un nuevo paradigma caracterizado por su apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹³

Pero, el caso paraguayo de poco tratamiento explícito sobre el tema puede explicarse por el uso continuo que se estaba haciendo ya desde hace años a los postulados del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Y si bien, los jueces inferiores no han llegado a desaplicar expresamente una norma interna paraguaya para privilegiar una norma internacional, pero han hecho uso de hecho de una interpretación de la legislación nacional conforme al derecho internacional de los derechos humanos, como tratándose de una interpretación funcional.

¹³ <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-140711-MBLR-912.pdf>

IV. Conclusión

La Corte Suprema de Justicia es en Paraguay la máxima autoridad judicial nacional y, en dicha calidad, ejerce una interpretación autoritativa en materia de derechos humanos basándose para ello en los instrumentos internacionales sobre la materia de los cuales el Paraguay forma parte y en la interpretación que la Corte Interamericana realiza de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El hecho de que en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se encuentren referencias al derecho internacional de los derechos humanos es un hito importante para catalogar el grado de compenetración entre el orden jurídico interno y el internacional, además que las referencias no solo vienen expresadas como refuerzos normativos sino como mandatos normativos desarrollando así aun en el fuero interno su fuerza normativa tal como lo dispone la Constitución de 1992.

En el mismo sentido, la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en materia de derechos humanos se apoya fuertemente en la Corte Interamericana como mecanismo de apuntalar el vínculo entre ambos órdenes jurídicos. La Corte paraguaya no se siente desplazada en su labor jurisdiccional sino que entiende que ambas jurisdicciones más que competir se complementan entre sí desde posiciones diferentes.

Pero, el principal problema radica en que la categoría de control de convencionalidad no ha sido difundida y aplicada a conciencia, por más que como se dijo más arriba la aplicación de las provisiones de la Convención Americana de Derechos Humanos ya cuenta con prácticamente dos décadas de desarrollo. Probablemente, el problema consista en las consecuencias de una implementación del control de convencionalidad, pues como se vio en el caso mexicano el control de convencionalidad cuestiona decididamente un sistema concentrado de control de constitucionalidad. El margen de acción para que convivan un sistema concentrado de control de constitucionalidad con un sistema difuso de convencionalidad es muy estrecho, por no decir casi imposible. De ahí, que la implementación expresa de un control de convencionalidad

difuso esté probablemente esperando su turno. Mientras tanto se adapta de forma implícita sobre todo cuando los jueces inferiores basan sus sentencias en una interpretación de las normas internas que sea conforme con las normas internacionales. Por otro lado, y recordando algo de *real politik*, propio de órdenes políticos poco estables, no debe olvidarse que la primera composición de la Corte fue más allá del texto expreso de la Constitución cuando empezó a darle a ciertas sentencias el efecto *erga omnes* en vez de inter partes a las declaraciones de inconstitucionalidad, lo cual luego representó una causal de juicio político por mal desempeño de funciones en el año 2003. Por tanto, los jueces han aprendido que sus decisiones tienen consecuencias políticas. Finalmente, pero no sería primeramente tarea del legislador implementar el control de convencionalidad con reglas claras sobre la materia?

International Constitutional Law: The Case of Portugal

Sofia Oliveira Pais

Pedro Braga de Carvalho

PART ONE

1. The legal nature of international agreements in the domestic system of sources

The 1976 Portuguese Constitution, which is the present ruling Constitution, establishes, in article 8, the relationships between the Portuguese legal order and the international law. Article 8^o deals with the principles of law, international customary law and international treaty law or, in other words, international public law (article 8 numbers 1 and 2 respectively). Besides those dimensions, article 8 also regulates questions arising from the law developed within international organisations (article 8^o number 3), and within the European Union (article 8 number 4).

The vast majority of the Portuguese constitutional doctrine (Canotilho/Moreira, 2007: 254; Miranda/Medeiros 2005:89; Vaz and others 2012:89) considers that article 8 n.º 1 establishes an automatic and full reception system of international law (that is to say general principles of law and customary law) independently from the subject matter concerned. Regarding international treaty law, article 8 no, 2 also establishes an automatic and full reception system of international law but it is necessary to publish the international treaty law in the Portuguese

official journal (Diário da República), after the treaty has been approved and ratified.

International treaty law must respect the Portuguese Constitution, but prevail over national laws and regulations; international treaty law is infraconstitutional, but superlegislative. However international ius cogen rules, referred namely in article 7 no, 1 of the Constitution (like the respect of human rights rule), should be considered above the Constitution (Miranda/Medeiros, 2010: 166-167; Vaz and others, 2012:89).

Article 8 no. 4, establishes the primacy of the European Union law (treaties and the rules adopted by the European institutions) over the national law, as long as it complies with the 'fundamental principles of the democratic rule of law' . According to the majority of the Portuguese doctrine the European Union law is superlegislative and is supraconstitutional as long as it respects the fundamental principles of the democratic rule of law' (Fausto de Quadros 2004: 416, 420, Blanco de Morais 2005:606). Others sustain that the problem is not a matter of hierarchical relations, but a multilevel relationship and conflicts should be solved, whenever possible, by a dialogue between the Constitutional Court and the European Court of Justice (Poiares Maduro 2006:35; Pais 2013: 22).

Finally, it should be stressed that international norms on fundamental rights have a special treatment conferred by the Constitution. Such treatment results from its special constitutional relevance, but also from article 16, which establishes that the fundamental rights established in the Constitution do not exclude any other right foreseen in other international instruments applicable to the Portuguese legal order.

Article 16 is referred to by the Portuguese doctrine as an open clause, allowing for the constitutional recognition of fundamental rights other than those established in the Constitution. There is also second paragraph in article 16, establishing that every fundamental rights rule, whether constitutional or legal, must be interpreted in conformity with the

Universal Declaration of Human Rights. The majority of the Portuguese doctrine rejects the possibility of constitutional dignity of the Universal Declaration, as our Constitution does not receive it as such (Canotilho/Moreira 2007:367).

2. The relationship between international law of human rights and the domestic legal order

As already stated, the article 8 of the 1976 Portuguese Constitution, establishes the relationships between the Portuguese legal order and the international law. Article 8 concerns general principles of law, international customary law and international treaty law or, in other words, international public law (article 8 numbers 1 and 2 respectively). Besides those dimensions and after the two constitutional revisions of 1982 and 2004, article 8 also regulates questions arising from the law developed within international organisations (article 8 number 3), where Portugal has a stand, including the European Union (article 8 number 4).

The vast majority of the Portuguese constitutional doctrine, already explained, (Canotilho/Moreira, 2007: 254; Miranda/Medeiros 2005:89; Vaz and others 2012:89) considers that article 8 n.º 1 establishes an automatic and full reception system of international law. Although the existence of the general principle referred, there are some specificities that must be considered.

Regarding the general principles of law and the international customary law, both dealt in article 8 number 1, the application of the automatic and full reception principle is wholly granted upon verification of two obvious and natural requirements: first, the existence of a legal rule; second, the commonly accepted general character of that same rule. As such, the general principles of law and the international customary law constitute integral parts of the Portuguese legal order (Canotilho/Moreira, 2007 : 254; Miranda/Medeiros, 2005: 88 – 89).

Reading article 8 number 2, which is applied to international treaty law, we see clearly the maintenance of the same automatic and full reception system, but this time limited by some specific restraints. First, the convention must be an internationally binding one to Portugal. Furthermore, the international conventional document should be regularly approved and ratified through the constitutional mechanism established by our Constitution, and finally published in *Diário da República* (the official journal). Therefore, after fulfilling those requirements, the rules set forth in an international treaty or convention can be applied in the Portuguese legal order and are autonomous sources of law (Canotilho/Moreira, 2007 255- 256; Miranda/Medeiros 2005, : 89 – 90).

Article 8 number 3, added in the 1982 constitutional revision, was thought originally to prepare the accession of Portugal to the preceding European Economic Community (Portugal and Spain became Member-Sates in 1986; Canotilho/Moreira, 2007:263; Miranda/Medeiros 2005: 90). However, since the 2004 constitutional revision (which created a new number 4 in article 8 specifically focusing on European Union law), the number in analysis is solely dedicated to all the matters concerning the law developed within international organisations, where Portugal has a stand, excluding the European Union (for example, UN, NATO, OECD or WTO). As we have noted before, the ruling principle of automatic and full reception is also valid in this context. To apply the general ruling principle, two conditions must be met: first of all, the international organisation constitutive treaty must establish the direct effect of its rules and subsequent legislation; consequently, the secondary legislation must be created and elaborated accordingly with the rules presented in the constitutive treaty and by the competent bodies.

The new number 4 of article 8 was added by the 2004 constitutional revision and it is considered one of the most important constitutional amendments in Portuguese constitutional history. This number proclaims the ruling principle of automatic and full reception of the European Union law. Contrary to what we have noted in article 8

numbers 2 and 3, the application of the automatic and full reception system does not depend on requirements set forth by the Portuguese Constitution, but on the requirements established by the European Union law. For some authors (Miranda/Medeiros, 2005:93-94), this shift change of criteria constitutionalised two fundamental principles of European Union law: the principle of supremacy and the direct effect. The Constitution, through article 8 number 4, assumes a wise compromise in maintaining the integrity of the European Union law within the Portuguese legal order, while at the same time recognizes the share of sovereign competences between the Member states and the European Union. In other words Article 8 number 4, establishes the primacy of the European Union law (treaties and the rules adopted by the European institutions) over the national law, as long as it complies with the 'fundamental principles of the democratic rule of law'. Regarding the specific relationship between EU law and the Portuguese Constitution some Portuguese authors seek to prevent conflicts by clarifying that the issue should not be seen as a hierarchical relationship but as a multilevel relationship and conflicts should be solved, whenever possible, by a clear dialogue between the Constitutional Court and the European Court of Justice (Poiaras Maduro 2006:35; Pais 2013: 22).

3. The solution of the antinomies between national law and international law of the human rights

According to the unanimous constitutional doctrine and in clearly contrast with our previous constitutional experiences, the Portuguese Constitution of 1976 has a universalistic feature by virtue of its articles 8 and 16 (the latter specially focuses on human rights), through what we have called an automatic and full reception system of international law (Alexandrino 2006: 369-395; Canotilho/Moreira 2007: 253-266; Miranda/Medeiros, 2005: 88-91). Although it is unquestionable the open character of the Constitution, it is also true that the fundamental law of the

land does not establish any hierarchy relationships between the received international law and the national law. The solution is given by the portuguese doctrine.

Gomes Canotilho and Vital Moreira (ob.cit.loc.cit) sustain that the general principles of law and the international customary law (article 8 no.º 1), as integral parts of the Portuguese legal order, are in a position implicitly above national ordinary law, but constitutionally subordinated. Same solution is presented by the authors, when assessing international treaty law dealt in article 8 number 2. Therefore, as far as it concerns international public law, our Constitution proclaims a supremacy principle of international law over national ordinary law.

The same doctrine, when analysing the law developed within international organisations where Portugal has a stand (article 8 numbers 3) does not find any valid reason for changing the course of their thesis. Contrary to what we have seen in article 8 numbers 1 and 2, here in number 3, the Portuguese constitutional doctrine is far more divided, when addressing the questions related to the hierarchical relationships between the two sorts of law. For some authors (Miranda/Medeiros ob. cit.loc.cit), the international organisations law, should be in a place subordinated to the Constitution, but superior to national ordinary law, simply because international organisations were created by international treaty law and accordingly their law should occupy the same hierarchical place assigned to their constitutive international judicial documents (article 8, number 2). Another part of the doctrine (Canotilho/Moreira 2007:267-272) considers that international organisations law and national ordinary or constitutional law are two distinct sources of law, based on the share of sovereign competences theory. Thus, each source of law, whether it is international or national, respects and follows its own principles and rules and must be coordinated through a subsidiary principle.

Concerning European Union law, it prevails over national law as long as it complies with fundamental principles of the democratic rule of law' (article 8 n^o. 4).

To sum up, article 8 of the Portuguese Constitution acknowledges international law and European Union law as autonomous and direct sources of law of the Portuguese legal order. However, some doubts arise among Portuguese constitutional doctrine when answering the questions associated with the position of those sources of law in the normative Portuguese system of law sources. Although theoretically interesting may be, the debate does not have a practical impact, because there are no evident conflicts between the present ruling Portuguese Constitution and the instruments of international or European Union law. Besides, when those possible conflicts could have been established, the natural and obvious solutions to the problem were through constitutional amendments.

Article 16 plays an extremely important role as far as it concerns human rights doctrine within Portuguese constitutional culture. The article referred has two numbers. The first one, stating that distinct fundamental rights provided in national law or international law are not excluded by the fundamental rights consecrated in our Constitution, deals directly with the material concept of fundamentality and imposes once more an internationally open perspective to our Constitution (Miranda/Medeiros 2005: 138). The number two of article 16 is related with the Universal Declaration of Human Rights (which was a very relevant historic source of inspiration to the present ruling Constitution). The later states that all the legal and constitutional statutes concerning fundamental rights should be interpreted and integrated accordingly with the Universal Declaration of Human Rights. Thus, the relationships between our Constitution and the Universal Declaration are more profound than one may have thought and go beyond the mere relationship of inspiration and historical source of law (Alexandrino 2006:369; Canotilho/Moreira 2007: 367).

As we have already noted, article 16 n.º 1 establishes an open clause, through the material notion of ‘fundamental rights’. Miranda and Medeiros (2005:138) explain this solution by invoking the idea of human dignity, which cannot be developed by a restrictive catalogue of fundamental rights. The rule uses the concept of fundamental rights instead of human rights. According to these authors it is because the first number of article 16 is not just applicable to human rights as such, but also to economic, social and cultural rights. Although broad the open clause may be, one must not forget that it is reserved to those rights that fulfil the fundamental character requirement associated with the concept of human dignity. And the broader the open clause is, more possible conflicts between different established rights may arise. In solving those conflicts, one must bear in mind that even if the human dignity is absolute and unlimited, not every right is a fundamental right (Miranda/Medeiros 2005: 140).

Article 16 number 2 brings to the debate the question of deciding which hierarchical position is occupied by the Universal Declaration of Human Rights as a source of law. Gomes Canotilho and Vital Moreira (2007:367) reject the possibility of constitutional dignity of the Universal Declaration, because they believe that our Constitution does not receive it as such. For these authors, although important, the Universal Declaration is simply an external parameter of interpretation and integration of the fundamental law of the land. However, these authors recognize the possible application of the Universal Declaration of Human Rights through the automatic and full reception system of international law established in article 8º number 1, either as general principles of law, or as international customary law.

In conclusion, article 16 is one of the most relevant articles regarding fundamental rights in our constitutional scheme. Notwithstanding its relevance and importance, particularly in interpretation, the broadness and amplitude of our constitutional

fundamental rights catalogue does leave little room for other fundamental rights declared in international law.

4. The role of the international *ius cogens* in the domestic law

The international *ius cogens* and international law of human rights, as general principles of law, are in the core of article 8^o number 1. Nevertheless, the *ius cogens* in human rights is not limited to article 8.

As we have already observed, those general principles of law enjoy the automatic and full reception system of international law. Although the ruling principle of direct effect is the same, the hierarchical position occupied by *ius cogens* is a very particular one: it is supraconstitutional.

Throughout the Portuguese constitutional law, many articles relate directly or indirectly with the international *ius cogens* and international law of human rights. However, we will focus on those more paradigmatic. The present ruling Constitution declares formally in article 7 number 1 several principles of *ius cogens*, such as the principle of national sovereignty, human rights respect principle, the equality principle between sovereign States, the pacific solution principle of international conflicts and principle of non interference in domestic affairs of sovereign States. Besides articles 7 and 8, we also find article 16 number 2, which states that all the legal and constitutional statutes concerning fundamental rights should be interpreted and integrated accordingly with the Universal Declaration of Human Rights, promoting a close relationship between the Portuguese Constitution and the several principles of *ius cogens* declared in the Universal Declaration. Finally, article 29 number 2 allows, within the limits of the ordinary national law, the criminal prosecution of an offensive action or omission as long as that action (or omission) at the time of the event was considered a crime by the general principles of international law commonly accepted.

The international *ius cogens* principles are structural to the international community. These principles are the expression of the legal universal conscience and permit to create a judicial coherence between the different regional and national legal orders. As such, to those principles, specially when it concerns human rights, it is assigned an absolute supremacy position above the constitutions. The Portuguese Constitution respects and embraces this supremacy position of international *ius cogens*. Consequently, those same principles are conceived as revisions limits, which means that any constitutional amendment cannot eliminate or diminish the amplitude of international *ius cogens* of human rights (Miranda/Medeiros 2005:91).

Analysing the Portuguese jurisprudence from the superior administrative and judicial courts and also from the Portuguese Constitutional Court concerning international law of human rights, one might find several examples. However, this is not the case of international *ius cogens* of human rights, because very few court decisions report directly to it. The great majority of the Portuguese superior courts, as we will see further on, prefer the reference to the International Declaration of Human Rights, to the Charter of Fundamental Rights of the European Union or more often the European Convention on Human Rights. Notwithstanding, when the Portuguese Constitutional Court, on its ruling no. 101/2009 (case no. 963/06), was asked to analyse the constitutionality of some provisions of the law on assisted reproductive technology, two principles of international *ius cogens* of human rights were directly applied, the principle of human dignity and the protection of human life principle (in the final decision, the Constitutional Court, after mentioning two international treaties on human cloning and on the protection of human genome, the Universal Declaration of Human Rights, the European Convention on Human Rights, the experiences and judicial practices of other European and North American legal orders and the Portuguese Constitution, found no unconstitutionality). Although it is true that it is far more common to find examples of judicial decisions mentioning the International Declaration of Human Rights or the

European Convention on Human Rights, it is also true that particularly our Constitutional Court refers frequently to the decisions and judicial practices of other European legal orders (for instance: ruling no. 121/2010 [case no. 192/2010], concerning the constitutionality of the same sex marriage; ruling no. 660/2006 [case no. 729/2006], regarding the constitutionality of the destruction of telephone tapping considered irrelevant for criminal prosecution). One might believe that this interaction between different legal orders is also one of the various manifestations of international *ius cogens* as rules commonly accepted.

5. The national constitutional norms for integration; the range of norms produced by the international and supranational entities

As we have already observed, the general principles of law and the European Union law enjoy the automatic and full reception system of international and european law.

International public law (which includes the treaties and the rules adopted by national entities) is infraconstitutional and superlegislative. European Union law (treaties and rules adopted by the european institutions) prevails over national law as long as it complies with the ‘fundamental principles of the democratic rule of law’ (but there are some doubts whether the question should be approached from a multilevel perspective rather than from an hierarchical position).

6. The impact of international agreements on human rights into the national constitutional system

The Portuguese Constitution has a very open and universalistic feature regarding the protection and promotion of the human rights. This characteristic of our Constitution is given not only by its articles 7, 8 and

16, but also because the Universal Declaration of Human Rights and the European Convention on Human Rights as well as other European and American Constitutions were sources of great inspiration to the Portuguese fundamental law.

Regarding international treaty law, which is dealt in article 8 number 2, we see clearly the application of the automatic and full reception system, but this time limited by some specific restraint, as we have already explained. Primarily, the treaty or, for this purpose, the convention must be an internationally binding one to Portugal. Furthermore, the international conventional document should be regularly approved and ratified through the constitutional mechanism established by our Constitution. Therefore, after the fulfilment of those requirements, the rules set forth in an international treaty or convention become operative within the Portuguese legal order and are autonomous sources of law (Canotilho/Moreira, 2007:255-256). Without the fulfilment of the internal or national requirements (approval, ratification and publication in the portuguese official journal), even if the treaty or convention is internationally binding, its direct effect would not occur. Yet, for the occurrence of this internal direct effect, the international treaty or convention must always be externally binding.

Besides this more practical and daily basis direct effect, the Portuguese Constitution has a relatively innovative article 16. Article 16 n.º 1, stating that distinct fundamental rights provided in international law are not excluded by the fundamental rights established in our Constitution, deals directly with the material concept of 'fundamental rights' and imposes an internationally open perspective to our Constitution, through an open clause (Canotilho/Moreira 2005:367). The number two of article 16 is intrinsically related with the Universal Declaration of Human Rights. The later provision states that all the legal and constitutional statutes concerning fundamental rights should be interpreted and integrated according to the Universal Declaration of Human Rights. Thus, the relationships between our Constitution and the Universal Declaration are

profound and go beyond the mere relationship of inspiration and historical source of law (Alexandrino 2006:369). As Jorge Miranda and Rui Medeiros explain (2005: 140-141), the relationship of inspiration and historical source of law between the two legal documents facilitates the work of the interpreter in achieving a more rich and diverse interpretations and constructions of the constitutional law. Concerning this specific matter, there is a very interesting ruling of the Portuguese Constitutional Court (ruling no. 121/2010 [case no. 192/2010]), dealing with the constitutionality of the same sex marriage law. According to the Court, the provision of article 16^o n.º 2 can only be used with the purpose of finding a broader interpretation of the fundamental right than the one that results from the Constitution. However, this judicial construction of the Constitutional Court is not perceived by a clear concurring doctrinal opinion and was contradicted by a dissenting opinion of Justice Benjamim Rodrigues, who considered the amplitude of article 16^o no. 2 capable of enlarge or restrict any constitutional provision on human rights. As we have already seen before, in ruling no. 101/2009 (concerning the constitutionality of some provisions of the law on assisted reproductive technology [case no. 963/06]), the Constitutional Court referred, for instance, some provisions of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. In spite of those judicial decisions, more common are the examples of constitutional rulings where the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights play an important role and even serve as parameters of constitutionality (for example, ruling no. 232/2004 [case no. 807/99], dealing with some provisions of the law on the statute of foreigners; ruling n.º 12/2005 [case no. 3/00], concerning the law that regulates the requirements and modalities of pecuniary compensation for undue jail time awaiting trial; ruling n.º 660/2006 [case no. 729/2006], regarding the constitutionality of the destruction of telephone tapping considered irrelevant for criminal prosecution).

As a relatively new one, the present ruling Portuguese Constitution is, to a certain extent, the result of all the main preceding

international treaties and conventions on human rights as well as the dominant national constitutions at the time. So, the catalogue of fundamental rights established in our Constitution is vast. Accordingly, the most important effect and impact of international agreements on human rights into our national constitutional system is undoubtedly the interpretation, construction and adaptation of the established fundamental rights to the new ways of living in society.

PART TWO

7. The relations between human rights courts and national courts

Concerning the relationship between the European Court of Human Rights (hereinafter 'ECtHR') jurisprudence and the Portuguese Courts, namely the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice, we confirmed that the Portuguese Courts are influenced by the decisions taken in Strasbourg.

At the beginning the Portuguese courts were reluctant to apply the ECHR decisions. Nowadays, the decisions from the ECtHR are subject to a careful analysis by the Portuguese Courts, especially by the Constitutional Court and the Supreme Court.

To fully understand the topic, we must bear in mind that the most common case before the ECtHR involves a claim related to article 6. In fact, the applications concerning Portugal were, until 1994, largely related to the length of proceedings.

On the other hand, we should also bear in mind that the 'freedom of expression' was probably, and for a long time, the field where the Portuguese courts had the most difficulty in following the Strasbourg case-law.

It is submitted that the current case-law in Portugal has been developing a consistent concern for Human Rights issues. In particular, the question of the accordance of the decisions with the ECHR has been frequently assessed, which reflects the relevance recognized to the protection of Human Rights by the Portuguese courts.

There are in these domains some relevant cases. The first one is the case decided by the Court of Appeal of Porto, in October 2007 (Rec.4685-06-A TJPorto). The case was brought before the Court of Appeal as a result of a decision from the first instance, condemning a journalist in a criminal sanction for having insulted the Head of the Municipality in an article of a periodical journal. The first instance had found that the expression used by the defendant constituted a breach of criminal law inasmuch as it exceeded the margin of criticism admissible in a democratic debate. The Court of Appeal, however, found differently. To sustain its reasoning, the Court of Appeal has made express reference to two decisions of the ECtHR, one of them condemning Portugal. The question brought before the Court was whether or not the expression used by the defendant was admissible as a manifestation of the freedom of expression. For that reason, the Court of Appeal assessed the scope of protection of this fundamental right according to the Portuguese Constitution. To fulfill that interpretation – and this is a very relevant detail of this decision – the Court of Appeal admitted that the case law of the ECtHR was ‘unavoidable’. Following the analysis of the cases *Lopes Gomes da Silva* and *Oberslick c. Áustria*, the Court concluded that the expression used by the defendant could not be considered a violation of criminal law. On the contrary, it was still a manifestation of the freedom of expression. The Court points out that the defendant had used a very strong expression, but it did not contain any gratuitous personal attack.. The relevance of this decision is clear as no appeal was possible before the Supreme Court; the Court of Appeal ruling was the final decision. This case represents a good example of how the Portuguese courts are currently concerned with the accordance of their decisions with the case law from Strasbourg.

Another very important decision was taken by the Lisbon Court of Appeal (case no. 759/11.0YRLSB-3 – 17 November 2011). This case is especially relevant, on the one hand, due to the legal arguments developed by the Court and, on the other hand, due to the political character of the case, which deserved attention even from the international press.

The proceedings before the Court concerned the extradition of a Portuguese citizen to the United States. The referred citizen had been convicted for murder in February 1963 in the United States and had been sentenced to prison from 15 to 30 years. After 7 years of imprisonment, he escaped from prison. After that, and as part of a terrorist group, he participated in a plain hijack in July 1972, for which he was formally accused in Miami, Florida, United States. When, in 2011, he was discovered to be living in Portugal, the United States authorities asked for his extradition, to serve the remaining part of the conviction for murder.

The Court of Appeal rejected the extradition. The first reason to sustain the rejection was related to the nationality of the referred citizen. It was questioned in the proceedings before the Court whether or not the acquisition of the Portuguese nationality had been legal. The relevance of this point concerned the Constitutional rule that does not allow in such a case for a Portuguese national to be extradited. The Court concluded that the acquisition of the Portuguese nationality was legal and, therefore, the request for extradition should be rejected.

However, the Court went on to assess the compatibility of such an extradition with the ECHR. This is surprisingly innovative, inasmuch as the Court could have dealt with the case by simply taking into account the Constitutional rule that forbids extradition. In its assessment, the Court addresses article 6 ECHR, stating that the scope of protection of the right to a fair trial also includes the guarantee of serving the sentence within a reasonable period of time. It should be underlined that the Court acknowledges that there was no limitation period for the implementation of the decision, according to the United States legal regime. However, the Court also states that, if the Portuguese legislation was applied, the

limitation period would have produced effects in August 1990, twenty one years ago. Therefore, under the specific circumstances of the case, the Court had concluded that the reasonable period of time for serving the sentence had been exceeded – thus permitting the extradition of this person would constitute a breach of the ECHR.

8. The role of domestic jurisdictions for the definition of the relations between international law and the national constitutional system

The decisions from the ECtHR are subject to a careful analysis by the Portuguese Courts, especially by the Constitutional Court and the Supreme Court. Nowadays Portuguese Supreme Courts are particularly concerned with Human Rights issues, recognizing the importance of international agreements on human rights. In other words, Portuguese Superior courts try to rule taking into account namely the CEDH and the ECHR decisions as we can observe from the Portuguese cases.

Concerning our Constitutional Court, we could refer ruling no. 232/2004 (case no. 807/99). On this very ruling, the constitutionality of some provisions of the law on the statute of foreigners and of the penal code were challenged, because those provisions permitted the deportation of illegal aliens or foreigners that committed a crime. In abstract terms, the deportation could result in a separation of foreigner parents and Portuguese children, breaching the family unity. The Constitutional Court, based on the jurisprudence produced by the ECHR on article 8 of the European Convention (case *Berrehab* – 21 June 1988, case *Moustaquim v. Belgium* – 18 February 1991, case *Beldjoudi v. France* – 26 March 1992, case *Gül* – 19 February 1996, case *Boughanemi* – 24 April 1996, case *C. v. Belgium* – 7 August 1996 and case *Dalia* – 19 February 1998) and also on the proportionality test developed by the European Court of Justice (ECJ), found the statutes of the Portuguese law unconstitutional, because it deprived the children from the contact with their parents (articles 33, no. 1 and 36, no. 6 of the Portuguese Constitution).

On its ruling no. 12/2005 (case no. 3/00), the Portuguese Constitutional Court judged the Portuguese law, that regulates the requirements and modalities of pecuniary compensation for undue jail time awaiting trial constitutional, compatible with article 27, number 5 of the Constitution. In question it was not an illegal jail time situation, but one where all the requirements consecrated by the law were respected, yet afterwards the jail time was considered unnecessary, because the defendant was found not guilty. According to the Portuguese law, the pecuniary compensation for unnecessary jail time awaiting trial is due upon proof of a severe error made by the judge when deciding the temporary measure. The plaintiff considered that this requirement was in clearly violation of the Portuguese Constitution (article 27, number 5), of the European Convention on Human Rights (article 5, number 5) and of the International Covenant on Civil and Political Rights (article 9, number 5). Nevertheless, the Court saw in the ECHR jurisprudence on article 5 (case *Wassink* – 27 September 1989, case *Sekanina* – 25 August 1993 and case *N.C. v. Italy* – 11 January 2001) a sustainable ground to justify the constitutionality of the Portuguese provision. However, this interpretation of the ECHR's case law was not unanimous among the Justices of the Constitutional Court. Justice Maria Fernanda Palma wrote a dissenting opinion, in which she considered disproportional and unjustifiable the proof of a severe error. She considered inadmissible that a convicted prisoner had the possibility of diminish to the prison sentence time the jail time awaiting trial, while the defendant found not guilty should prove a severe error to have a right to pecuniary compensation.

Another important decision of the Portuguese Constitutional Court is the ruling no. 660/2006 (case no. 729/2006), where it doubted the constitutionality of the destruction of telephone tapping considered irrelevant for criminal prosecution, before the defence could have had access to it. The Court found the provision in violation of article 32, number 1 of the Portuguese Constitution. The judicial decision compares the Portuguese law with other solutions established in Spain, France, Italy, Belgium, Germany and United Kingdom and based its judicial foundations

manly on ECHR's case law concerning articles 5 and 8 of the European Convention (case *Huving* – 24 April 1990, case *Kruslin* – 24 April 1990, case *Valenzuela Contreras* – 30 July 1998, case *PG and JH v. United Kingdom* – 25 September 2001 and case *Prado Bugallo* – 18 February 2003).

When the constitutionality of Portuguese law on assisted reproductive technology was questioned (ruling no. 101/2009 [case no. 963/06]), the Constitutional Court delivered one of its most important rulings on human rights. In that decision ius cogens of human rights played a crucial role. The Court also used other international law instruments such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights. However, in this case the Constitutional Court only cited one case of the ECHR (case *Odièvre v. France* – 13 February 2003). In addition, the Constitutional Court compared the law and the jurisprudence of more than fifteen European countries to fulfill the material concept of the principle of human dignity and principle of the protection of human life and found no violation of the constitution. The work developed by our Constitutional Court is not a brand new work, but it is inspired by the case law of ECHR, which means a remarkable advance in our constitutional jurisprudence.

The same kind of reasoning can be seen in ruling no. 121/2010 (case no. 192/2010) of the Constitutional Court. This decision dealt with some doubts expressed by the President of the Republic concerning the constitutionality of the same sex marriage law. Once again, and besides naturally the Portuguese Constitution, the Court relied on the Universal Declaration of Human Rights, on the European Convention on Human Rights and on the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Although those international instruments were fundamental for the ruling, the Constitutional Court did not find any international jurisprudence or case law that could support a non-unconstitutional decision. Therefore, used two distinct solutions. On the one hand, the Court considered the evolution of ECHR's and ECJ's jurisprudence concerning the condemnation

of discrimination against homosexuals (ECHR's case law cited: case *Dudgeon v. United Kingdom* – 22 October 1981, case *Norris v. Ireland* – 26 October 1988, case *Modinos v. Cyprus* – 22 April 1993, case *Smith and Grady v. United Kingdom* – 27 September 1999, case *Lustig-Preen and Beckett v. United Kingdom* – 27 September 1999, case *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* – 21 December 1999, case *A.D.T. v. United Kingdom* – 31 July 2000, case *Christine Goodwin v. United Kingdom* – 11 July 2002, case *L. and V. v. Austria* – 09 January 2003, case *S. and V. v. Austria* – 09 January 2003, case *Karner v. Austria* – 24 July 2003, case *Baczkowski and others v. Poland* – 03 May 2007 and case *E.B. v. France* – 22 January 2008; ECJ's case law cited: case *Lisa Jacqueline Grant*, C-249/96 – 17 February 1998, case *D. and Kingdom of Sweden v. Council of the European Union*, C-122/99 P and C-125/99 P – 31 May 2001 and case *Tadao Maruko*, C-267/06 – 1 April 2006). On the other hand, the Constitutional Court used the examples of judicial systems and legal orders of the Netherlands, Belgium, Spain, Norway, Sweden, some states of the United States of America (Hawaii, Vermont, Massachusetts and California), Canada and South Africa to justify the constitutionality of the same sex marriage law.

Leaving the constitutional jurisdiction, we should address now some case law produced by the Portuguese judicial courts. The Supreme Court of Justice (case no. 07P3338 – 19 September 2007) and the Court of Appeals of Lisbon (case no. 759/11.0YRLSB-3 – 17 November 2011) delivered two rulings on two different requests for extradition. In the Supreme Court's case, the authorities of Guinea-Bissau issued the request for extradition of a Czech national, while in the Court of Appeals' case, the request came from the American authorities and the individual concerned was a Portuguese national. In both cases, the Portuguese Courts rejected the request, because they considered that the extradition would violate the right to a fair trial (articles 30, number 1, and 32, number 1, of the Constitution and article 6 of the European Convention on Human Rights) and it would be inconsistent with the jurisprudence of the ECHR (case *Frydlender v. France* – 27 June 2000, case *Sejdovic v. Italy* – 10 November 2004, case *Stoichkov c. Bulgaria* – 24 March 2005, case *Monteiro da Cruz v.*

Portugal – 17 January 2006 and case *Martins Castro and Alves Correia de Castro v. Portugal* – 10 June 2008).

Three rulings, two from the Supreme Court of Justice (case no. 08B1478 – 27 May 2008 and case no. 104/02.5TACTB-A.S1 – 23 April 2009) and one from the Court of Appeal of Porto (case no. 709/97.4JAPRT-A.P1- 12 October 2011) illustrate significantly the more restrictive national jurisprudence than the one resulted from the ECHR's case law, regarding the freedom of expression and the freedom of the press. In general terms, the Portuguese judicial courts, when confronted with a situation of conflict of rights, tend to consider more important and relevant the protection of the right to privacy and the right to a person's good name than the promotion of the freedom of expression and of the freedom of the press. This jurisprudence results frequently in criminal convictions for slander or libel defamation crimes. The three rulings referred are sequential to the condemnation of Portugal in the ECHR for the breach of article 10 of the European Convention. According to the procedure penal code, when there is an international ruling contrary to one definitive national judicial decision, the Portuguese law establishes the possibility for a new and especial appeal to the higher courts. As such, the rulings in analysis resulted from the appeal possibility opened by the international condemnation of Portugal. On those rulings, the Portuguese Courts were clear. They stated that the Portuguese judicial decisions were not just only contrary to the individual rulings condemning Portugal, but also contrary to the jurisprudence of the ECHR on article 10 of European Convention (case *Lopes Gomes da Silva v. Portugal* – 28 September 2000, case *Nikula v. Finland* – 21 March 2002, case *Perna v. Italy* – 06 May 2003, case *Chauvy and others v. France* – 29 June 2004, case *Cumpana and Mazare v. Romania* – 17 December 2004, case *Urbino Rodrigues v. Portugal* – 29 November 2005 and case *Roberto Bento v. Portugal* – 18 April 2004).

As far as one knows or can tell, the worst problem of the Portuguese judicial system resides in its slowness. Consequently, Portugal has been convicted several times in the ECHR for breach of article 6 of the

European Convention. This is probably the reason why the administrative jurisdiction has developed, throughout the years, a coherent and well-established jurisprudence concerning the concession of pecuniary compensation to those affected by the slowness of the Portuguese judicial system. The jurisprudence referred is in line with the ECHR case law and applies systematically the same four criteria test created by the European Court to address the amount of compensation due (case, *Lerellier v. France* – 26 June 1991, case *Frydlender v. France* – 27 June 2000, case *F v. Portugal* – 21 March 2002, case *Cavelli and Cigilo v. Italy* – 17 September 2002, case *G v. Portugal* – 29 April 2004, case *Basoukou v. Greece* – 21 April 2005, case *Apicella v. France* – 29 March 2006, case *Riccardi Pizzati v. Italy* – 29 March 2006, case *Mezl v. Czech Republic* – 09 January 2007 and case *Martins Castro and Alves Correia de Castro v. Portugal* – 10 June 2008). Examples of this Portuguese jurisprudence can be found in three rulings from the Central Administrative Court of the North (case no. 00347/04.7BEPRT – 12 October 2006, case no. 01357/07.8BEVIS – 22 October 2010 and case no. 00305/07.0BEPRT – 25 November 2011) and two from the Supreme Administrative Court (case no. 0308/07 – 28 November 2007 and case no. 0973/08 – 17 December 2008).

9. The relationship between national courts and the jurisprudence of international courts on human rights

As we have already observed the most common used jurisprudence of international courts on human rights, among the Portuguese superior but also inferior courts, is the one produced by the European Court of Human Rights (ECHR). Besides the resource to the ECHR case law, the Portuguese Constitutional Court invokes regularly the decisions from other national constitutional courts and superior courts. We can say that the well-established jurisprudence of international courts on human rights is respected and confirmed by the Portuguese courts.

As already mentioned, the Constitutional Court confirmed in several decision the jurisprudence of the ECtHR concerning the ECHR (see for instance cases no. 807/99 and 3/00, 660/2006, 192/2010 mentioned above) and the Portuguese Supreme Courts did the same.

However, regarding the freedom of expression, national jurisprudence may be considered more restrictive than the EctHR case law (see for instance case no. 08B1478 – 27 May 2008 and case no. 104/02.5TACTB-A.S1 – 23 April 2009, mentioned above).

10. The use of supranational law and jurisprudence by domestic courts; the role of jurisprudence in the domestic law.

We have already given some examples of the use of supranational law and jurisprudence (namely the European Convention on Human Rights and ECtHR case law) by the Portuguese Constitutional Court and by the Supreme Courts of the Judicial and Administrative Portuguese jurisdictions. According to the jurisprudence already analysed, the use of supranational law and jurisprudence play primarily an argumentative reinforcement role. For this circumstance, and focusing only on human rights matters, it is also crucial the broadness and the amplitude of the constitutional catalogue of fundamental rights. Therefore, the Portuguese courts prefer, in the great majority of the cases, to apply directly the Portuguese Constitution and the constitutional jurisprudence. As a result of this practice, for the supranational law and jurisprudence is reserved a more secondary role.

However, there are some more uncommon and extraordinary cases, where the evolution and development of the Portuguese jurisprudence is based and sustained by the supranational law and jurisprudence. We have seen, for instances, the cases of the constitutional decisions on assisted reproductive technology (ruling no. 101/2009 [case no. 963/06]) and on the same sex marriage law (ruling no. 121/2010 [case

n.º 192/2010]). Moreover, as we have also stated, the coherent and well-established national administrative jurisprudence concerning the concession of a pecuniary compensation is deeply rooted in the ECHR case law.

We should also clarify that in Portugal although the national jurisprudence is extremely important in the interpretation, construction and development of the law, the truth is that the Portuguese courts case law is not formally a source of law as it happens in Common Law systems.

11. The relations between international and national jurisdiction

The article 8 of the Portuguese Constitution, already mentioned, establishes the relationship between the international law, European law and the Portuguese legal order. And as we have already stated Portuguese Courts usually respect the EctHR and ECJ decisions (see supra).

Concerning the relationship between the European Court of Justice and National Courts as it is well known there are no appeal proceeding only the preliminary ruling established in article 267 TFUE.

Concerning the EctHR it is well known that the ECHR recognizes certain rights to individuals, but the principle of subsidiarity means that the individual must first seek the solution in the national courts.

EctHR and ECJ decisions are applied by Portuguese Courts (see supra).

Finally it is also worth mentioning the Civil Proceedings Code that, according to the modifications introduced in 2007, allows for an extraordinary appeal to be brought against a definitive decision delivered by a Portuguese Court, when such a decision is considered to breach the ECHR or is considered contrary to a decision from the EctHR. Furthermore, the modification introduced to the Criminal Proceedings Code in the same year also permits an extraordinary appeal to be brought

in a case where the definitive decision from a Portuguese Court is incompatible with a decision from the ECtHR.

12. The participation of the State to the process of formation of the will and of the determinations of the supranational entities

Before 1974, Portugal was already a member of the UN, NATO, EFTA and OECD. The two major and most significant milestones in the Portuguese international relations, after 1974, were Portugal's accession to the Council of Europe (1976) and to the preceding European Economic Community (1986 – today, European Union).

According to article 6 of the Constitution, Portugal is a unitary country politically and administratively decentralized. The Portuguese continental territory is divided in several administrative bodies with administrative prerogatives (the City Councils) and each of the Atlantic archipelagos (Azores and Madeira) form an autonomous region with both political and administrative prerogatives. Although important those prerogatives may be, the referred decentralized bodies do not have any recognized international competences. The external representation of Portugal is ensured primarily by the Government through its prime minister and ministers (particularly, the minister of foreign affairs) and by the Portuguese diplomatic body. Nevertheless, and in some occasions, as head of state, the President of the Republic represents Portugal in the international arena. Article 7 of the Portuguese Constitution states the principles by which Portugal should guide its international conduct, among them we find the followings ones: the principle of national sovereignty, human rights respect principle, the equality principle between sovereign States, the peaceful solution principle of international conflicts, principle of non interference in domestic affairs of sovereign States, the principle of cooperation with the international community towards the emancipation in the progress of humanity, the abolition of the

imperialism and colonialism, the establishment of a collective security system capable to ensure peace and justice between the nations, the principle of self-determination, the maintenance of privileged friendship and cooperation bounds with countries that have Portuguese as an official language, the reinforcement of the European identity and integration and the acceptance of the International Criminal Court.

Concerning the European Union law, as it is well known, Portugal has been a member of the European Union since 1986. Therefore, it is represented in the Council (through their ministers) and in the European Parliament (with their European parliamentarians). The Council and the European Parliament have the legislative power, and usually decide using the co-decision procedure (article 294 TFUE) and since the Lisbon Treaty the Portuguese Parliament has also received the European legislative proposals, as well as other relevant documents, and has the powers referred in article 12 TFUE.

Each Parliamentary Committee, according to the issue discussed, advises the legislative and non-legislative proposals of the program of work of the European Commission, transmitted by the European Affairs Committee, in accordance with Law n^o. 43/2006 of 25 August, and the Protocols relating to the role of national parliaments in the European Union and the application of the principles of subsidiarity and proportionality, annexed to the Treaty of Lisbon.

13. The participation of local entities to the ascendant and descendant phase for the elaboration and application of international law

The Portuguese system of ratification of international conventions is established by the Constitution and sets up a balanced distribution of powers. It is the Government's competence to negotiate international conventions, since it is the organ to which the Constitution

confers the general competence to direct the Portuguese external policy. On the other hand, their approval competes – alternatively – to the Parliament or to the Government (the legislative organs), depending on the issues involved (articles 161 and 197 of the Portuguese Constitution). After the President's sanction (article 134 of the Portuguese Constitution), the conventions have to be published in the official journal (*Diário da República*), being such publication a condition of their effectiveness (article 119 of the Portuguese Constitution).

There is a slight difference if the convention has the form of a solemn treaty. In such a case, there should be a ratification by the Portuguese President (the Head of State), rather than only a sanction. The ratification is subject to the adoption of an autonomous presidential decree and it is, in principle, free (unless the President has previously asked for an assessment of its constitutionality – in case there is a decision of unconstitutionality, the President is only free to ratify it when it is re-approved by a qualified majority of the Parliament).

The Constitutional Court may also participate and review the application of the international law. The Portuguese Constitution establishes three relevant proceedings for review of the constitutionality of the legis: prior, concrete subsequent abstract review of constitutionality. In prior review of constitutionality the review focuses legal provisions that need enactment or signature (articles 278 and 279 of the Portuguese Constitution). The President of the Portuguese Republic can ask, the Constitutional Court, eight days after receiving the international treaty subject to ratification and the Constitutional Court, to assess its compatibility with the Constitution and the Constitutional Court should answer within 25 days. In the case of international treaties is considered unconstitutional the decision of the President not to ratify the Treaty can be overcome by the majority vote of two thirds of the Portuguese Parliament. In the concrete review of constitutionality, it is for the ordinary court to assess in any type of proceeding a question of constitutionality and its decision is appealed (by the party or the

prosecutor) to the constitutional court (art. 280 of the Portuguese Constitution). The prosecutor appeals the decision of unconstitutionality if the provision that is subject to that review appears in an international convention, legislative or regulatory decree and the final decision rests with the Constitutional Court (art. 280 no. 3 of the Portuguese Constitution). The subsequent abstract review of constitutionality allows the Constitutional Court to declare rules already published unconstitutional. At the request of state bodies including the Ombudsman and the Attorney General of the Republic the Constitutional Court can declare the unconstitutionality of a norm with effect *erga omnes* (Articles 281 and 282 of the Portuguese Constitution). Besides these proceedings the Portuguese Constitution refers to the mixed review of constitutionality (which operates an abstract review based on concrete - Article 281 no. 3) and review of constitutionality by omission (Article 283).

Finally, concerning the European Union law, it is worth mentioning that according to article 112 of the Portuguese Constitution the Portuguese directives are transposed, to the Portuguese legal order, by law, decree law or regional legislative decree.

PART THREE

14. The participation of the State to the ascendant and descendant phases for the elaboration and implementation of international law

As we have already stated according to article 6 of the Constitution, Portugal is an unitary country politically and administratively decentralized. The external representation of Portugal is ensured primarily by the Government and in some occasions, as head of state, the President of the Republic represents Portugal in the international context. The Government ensures the external

representation of Portugal, namely the competence to negotiate international treaties and conventions (article 197, number 1, paragraph b) and, after that, the President of the Republic must ratify the treaty or convention (article 135, paragraph b) and the treaty or convention will become a direct source of law.

Concerning the role of Portugal in the elaboration of the European law we have already explained previously this issue

Bibliography

ALEXANDRINO, José de Melo – *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, Volume II, A Constituição Dogmática, Coleção Teses*, Almedina, October 2006, pp. 369 to 395; CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a ed., Almedina, pp. 369 and 370.

BLANCO DE MORAIS, Carlos – *Justiça Constitucional*, Tomo II, Coimbra editora, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes and MOREIRA, Vital – *CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Almedina, January 2007, pp. 253 and 254.

DUARTE, Maria Luisa - *União Europeia – Estática e DiNâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária*, Almedina, 2011.

FAUSTO DE QUADROS - *Direito da União Europeia*, Almedina, 2004.

MESQUITA, Maria José Rangel – *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Almedina, 2013.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 3^a ed., Coimbra Editora, January 2000, pp. 162 to 175 and

MIRANDA, Jorge and MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, March 2005, pp. 88 to 91.

PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina, 2013, 2ª edição.

PAIS, Sofia Oliveira – *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, Almedina, 2013, 3ª edição.

VAZ, Manuel Afonso et alii – *Direito Constitucional, O sistema constitucional português*, Coimbra editora, 2012.

The Domestic Law of the United Kingdom and International and European Law : An Ever More Tense Relationship

*Justin O.Frosini*¹

“We have our own dream and our own task. We are with Europe, but not of it. We are linked but not combined. We are interested and associated but not absorbed”.

(Winston Churchill, 1930)

SUMMARY: 1. Premise. – 2. The Legal Nature of International Treaties and of other International Sources of Law within the British System. – 3. Resolution of Antinomies between International or Supranational Rules and Domestic Rules. – 4. The Role of International *Ius Cogens* in British Domestic Law. – 5. The Relationship Between British Domestic Law and European Union Law. – 6. The Legislative Competence of the Devolved Nations and European Union Law. – 7. The Relationship between the British Courts and the Supranational Courts in Europe. – 8. 2013: *Annus Horribilis* for the Relations between the United Kingdom and Europe.

1. This chapter proposes to examine how international and, most of all, supranational European law and human rights jurisprudence becomes part of the law of the United Kingdom and to consider the implications for the British legal system. This will be done mainly from a

¹ Justin O. Frosini, Assistant Professor at the Bocconi University, Milan, Adjunct Professor at the Johns Hopkins University's School of Advanced International Studies and Director of the Center for Constitutional Studies and Democratic Development (CCSDD). The author would like to thank friend and colleague Bill Bowring for his useful advice and critical observations and CCSDD interns Giacomo Tagiuri and Giuseppe Di Luccia for their precious research assistance.

legal and judicial perspective, but without ignoring the political one. Indeed, it would be highly problematic to address this theme without taking into account the growing tensions between the Cameron Government and the European Courts, in particular the court in Strasbourg. The chapter will begin by illustrating the legal mechanisms that are employed in the reception of international and supranational European law and the role played by the national and subnational parliaments and governments and then it will examine the relationship between the national courts and the supranational courts in Europe. The final part of this contribution will focus on the rising tensions over the past year between the Cameron Government, on one hand, and the European Union and, in particular, the Council of Europe: indeed one could argue that 2013 was an *annus horribilis* with regard to the relations between Britain and Europe.

2. Let us begin by considering the legal nature of international treaties and of other international sources of law within the British system. International law basically derives from two main sources, namely customary law and treaty law. In order to assess their legal nature in the British system one must first of all underline that the United Kingdom does not have a written (*rectius* codified) constitution nor does it have the clear distinction between “ordinary laws” and “constitutional laws” typical of most continental, civil law systems (J.O. Frosini, 2007, 323). Bearing this in mind, the binding effects of customary law were established in the rules established in the following two cases: *West Rand Central Gold Mining Company, Limited v. The King* (1905) 2 K.B. 391 and the *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* 1(1977) 1 All ER 881 where the courts stated that customary international law is to be considered part of the common law. However, in case of inconsistency, where possible, courts should adopt a harmonious interpretation; otherwise, they argue that British domestic law prevails over customary international law.

With regard to international treaty law the first thing to be said, and recurring to a certain degree of simplification is that the United

Kingdom belongs to those systems termed *dualist*. Treaties are negotiated and formally accessed by the Crown (which is to say by the Government) through its prerogative powers. A treaty signed and negotiated by the British government can only have effect in Britain when it is incorporated by an Act of Parliament. Incorporation means that Parliament has chosen to enact a statute attributing original legal force to an international treaty. It is the ordinary legislation incorporating it that produces the internal effect of a treaty. Consequently treaties do not have a higher hierarchical position compared to ordinary British law. The general rule is therefore that no international treaty has direct effect in the domestic system.

With regard to the effect of an incorporated norm of a treaty that Britain had ratified, in the case *Cheney v. Conn (1968)*, the Chancery division of the High Court affirmed that British legislation can take precedence over international obligations. Therefore, while there is a general presumption that Parliament would not wish to override the UK's international obligations it has the power to do so; where an Act conflicts with a Convention the Act prevails. Consequently a ratified treaty, incorporated into British law, does not enjoy a special position in the legal system. Parliament can decide to amend or repeal the treaty at any moment. By contrast, it is common knowledge that other systems, so called *monist*, do instead recognise the possibility that a treaty produces direct legal effect in domestic law enjoying sometimes a higher rank in the legal hierarchy than domestic legislation (T. Vandamme, J. Reestman, 2001, 116).

A good example of this is the European Convention on Human Rights (ECHR), ratified in 1953, but not at all part of British domestic law until 2000 when the Human Rights Act 1998 came into force. It was not possible to argue the convention in domestic courts before 2000. As Nicola Napolitano and Andrea Caligiuri have underlined although the United Kingdom does not have a codified constitution:

“[...] within the UK, the effect of the Human Rights Act has frequently been described as “constitutional”,

considering the “political pressure” on Parliament to amend the law resulting from a declaration of incompatibility issued by a court, as well as the supra-legislative rank of the ECHR rights in British law that binds courts to interpret domestic legislation in conformity with the Convention or to declare its incompatibility with the Convention.”(N. Napolitano and A. Caligiuri, 2011, 130).

It must be noted that a declaration of non-compatibility simply means that the Government must decide whether to amend the law concerned or to defy Strasbourg. The courts cannot repeal an Act of Parliament. This issue will be addressed in more detail in the following paragraph.

3. What about the antinomies between international or supranational rules, on one hand, and domestic rules on the other? The UK’s legal system, in its mix of common law and statutes, does not regulate the antinomies between international or supranational rules versus domestic rules, therefore it is necessary to analyse the national acts that incorporate the particular international treaties. In this respect, again the Human Rights Act is of great interest as it absorbs into the British legal order the discipline to be followed in case of antinomies between national law and the Convention rights. In case of such contrast the judges cannot decide to not apply the national norm. According to Section 4 of the Human Rights Act 1998: “As far as it is possible to do so”, judges are under a statutory obligation to interpret legislation in a manner compatible with the European Courts of Human Rights. When this result is impossible to achieve, it is necessary to distinguish between primary and subordinate legislation.

On the one hand, in accordance with section 3 paragraphs 2(b) and 2(c) the courts can declare the invalidity of the subordinate legislation in violation of the ECHR (M. Andenas and E. Bjorge, 2010, 471, 476) but, on the other hand, with respect to primary legislation contrasting with the

ECHR, in the view of the principle of parliamentary sovereignty, the national judges can only issue a “declaration of incompatibility”. The declaration does not affect the validity of the domestic law and it has nothing to do with a declaration of unconstitutionality typical of countries with a Constitutional Court. To make a comparison with countries that have a codified constitution, one could make the argument that the declarations of incompatibility issued by the British courts are similar to the so-called “declaratory decisions” that can be handed down by some Constitutional Courts where they merely “declare” that the statute law is unconstitutional, however, in practice, this does not have any concrete legal consequences i.e. there is no annulment or abrogation. In such cases what then usually happens is that the legislature that approved the unconstitutional law will have to remedy the established unconstitutionality within a period of time determined by the Constitutional or Supreme Court. There is clearly a similarity with what the British Parliament has to do when a declaration of incompatibility is issued given that it has to activate a fast track procedure for the amendment of legislation incompatible with the convention (J.O. Frosini, 2008, 191). After a declaration of incompatibility has been issued, according to Section 10 of the Human Rights Act:

“If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding... he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.”

Another important provision of the Human Rights Act somehow anticipates the check of compatibility of domestic laws with the convention at the law-making phase. Section 19 of the Human Rights Act provides that before the second reading of the bill the minister in charge of it must, in both Houses of Parliament, either make a so called “statement of compatibility”, declaring that the provisions of the bill are compatible with the conventions rights, or make a statement declaring that, even in the

inability to determine the compatibility the government wishes the House to proceed with the legislation.

As noted by Giuseppe Martinico and Oreste Pollicino the status of the bill is ambiguous. Formally it is nothing more than a normal piece of legislation, but both the rules on the declaration of incompatibility and the pre-emptive compatibility check make it more similar to a “super-primary law” (G. Martinico and O. Pollicino, 2010, 53) with a higher hierarchical status.

The effectiveness of the declaration of incompatibility has been questioned because it affects neither the validity nor the efficacy of the norm. Despite not being coercive for the ministry, it is interesting to notice how the declaration has always been followed by an amendment of the contested legislation thanks to action by the Government (G. Martinico and O. Pollicino, 2010, 117). The value of the declaration is deemed very strong by Government and Parliament and this may indicate the emergence of a new constitutional convention as some have suggested (G.F. Ferrari and O. Pollicino, 2011).

4. Let us now turn to the role of international *ius cogens* in British domestic law. By definition *ius cogens* is a body of peremptory principles or norms from which no derogation is permitted. As part of international customary law its status in UK domestic law was last regulated by the abovementioned case *Trendtex Trading Corp v. Central Bank of Nigeria*. Even though the Court of Appeal maintained the automatic incorporation of customary international law into the common law system, the issue was debated because it would have allowed lower courts to depart from established precedents in case of development of a new international custom. However, the authority of *Trendtext* is not undisputed since in that case only Lord Denning based the decision on the automatic incorporation of customary law (S.C. Neff, 2011, 627).

The case *In Re Pinochet* represents the lynchpin in the debate on the role of *ius cogens*, with specific reference to international human rights. During the discussions concerning the UK jurisdiction Lord Millett

argued that torture on a large scale as a crime against humanity attained the status of *ius cogens* and as such a universal jurisdiction *ratione materie* over torture existed even before the access of the UK to the Torture Convention. Therefore, no objection on its extraterritorial jurisdiction could have been moved against the British court. More specifically, he held that:

“[...] any state is permitted under international law to assert its jurisdiction over such crimes...The Torture Convention simply expanded the cover of international crimes to single instances of torture, imposing on states the obligation to exercise their jurisdiction over time.” (see *Ex Parte Pinochet (HL 2) at 177d*).

Similarly, in a later case, *R(Faisal Attijah Nassar Al-Saadoon, Khalaf Hussain Mufdhi) v The Secretary of State for Defence [2009]* the Court of Appeal affirmed that for international customary law to penetrate British courts “it would of course have to be shown that the rule did not conflict with any provision of English Domestic law... I apprehend the rule would also have to possess the status of *ius cogens erga omnes* (a peremptory norm binding on all states.)”. Therefore it seems quite clear cut that *ius cogens* is applicable in the United Kingdom, notwithstanding incorporation in a domestic law. The British courts have indeed recognised that torture is a violation of *ius cogens* under public international law. The result of this decision is that even if there was not a statutory prohibition against torture, this would be a rule under domestic common law.

5. With regard to the relationship between British domestic law and EC/EU law one should remember that the United Kingdom acceded the European Economic Community (now European Union) when the European Court of Justice had already shaped the main rules regulating the relationship between national and European Law. The orthodox Diceyan theory and its focus on the idea of parliamentary sovereignty was

very difficult to reconcile with the principles that were consolidating in other European Community members: the idea of the primacy of European law stemming from the decision *Flaminio Costa v ENEL* [1964] ECR 585 (6/64) would imply that a ratification of the European Economic Community treaty by the British Parliament would bind the latter not to legislate against the EC law and even more problematic would be the idea of the direct effects of EC law. This again would imply that British Courts should “disapply” domestic statutes in breach of the EC Law. This was of course very enigmatic because it granted the courts with a higher constitutional status than Parliament, thus contradicting one of the fundamental principles of Diceyan orthodoxy: parliamentary sovereignty or if one prefers parliamentary *supremacy*.

Legal scholarship has identified three phases to describe the judicial relationship of the British courts with the EC/EU.

In a first phase the courts tried to restrict the legal status of EC law to the limit. In case of conflicts the judge would interpret the domestic norm in conformity with EC Law where possible, but in other cases the criterion of chronological order– prevalence of the most recent law – would have precedence. The *European Communities Act 1972* was thus considered an ordinary statute, whose power could not possibly restrain Parliament from legislating of its own accord. This initial approach was of course in accordance with a strict interpretation of Dicey’s doctrine, one that does not envisage the possibility for Parliament to be bound by its early decisions (G. Martinico, 2011, 119).

In a second phase the British courts had to come to terms with the already well-established principles of direct effect and primacy. It is common knowledge that the watershed was the *Factortame litigation* (C-213/89 [1990]). In this decision the European Court of Justice established that national courts had the authority to strike down national laws incompatible with EC law. Therefore, the House of Lords, deciding in favour of *Factortame* wrote:

“If the supremacy within the European Community of Community Law over the national law of member states was not always inherent in the EEC Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus, whatever limitation of its sovereignty parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary.” (*R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame (No. 2)* [1991]AC 603, 658).

The Factortame decision by the House of Lords was a late acknowledgment of the impossible cohabitation of EEC membership with a strict interpretation of the principle of parliamentary sovereignty. As Paul Craig has underlined it was a “Constitutional Catch up”.

After having acknowledged the EU Law’s primacy, nonetheless British judges began to be concerned by its limits. This prompted the move to the third phase. In the famous case *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), Judge Laws tried, indeed, to reconcile the supremacy of EU Law with the principle of parliamentary sovereignty. Laws LJ identified a series of statutes that would possess a constitutional status “a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights,” and listing some examples “the *Magna Carta*, the *Bill of Rights 1689*, the *Act of Union*, the *Reform Acts* which distributed and enlarged the franchise, the *HRA*, the *Scotland Act 1998* and the *Government of Wales Act 1998*.” (emphasis added). Finally, he concluded “the *European Community Act* clearly belongs in this family. It incorporated the whole corpus of substantive Community rights and obligations, and gave overriding domestic effect to the judicial and administrative machinery of Community law.” (*Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), section 62.

The primacy of EU law would be nonetheless based on a self-limitation of Parliament. The basis of EU Law's preeminence over domestic law is not inherent in the status of EU law itself, but in a national provision, namely the European Community Act. This again would imply that there are other unwritten principles of the UK Constitution that EU law could not overrule. Certainly, despite the importance of the *Thoburn* decision, the doctrine is divided on its value and many deem *Factortame* still to be the reference point (G. Martinico, 2010, 121).

A pivotal moment in the evolution of the discipline was the adoption in July 2011 of the European Union Act. It contains two important norms: section 18, dealing with the so-called "sovereignty clause", and the "referendum locks" regulated in sections 2,3 and 6. Art 18 does not establish a supranational special status for the EC treaties and secondary laws, rather it reiterates the narrower view whereby it is a statutory provision to give EU law a higher status. To put it simply, section 18 confirms that EU law takes precedence over domestic law because of the European Communities Act 1972 (G. Martinico, 2010, 54).

Alongside the decisions that must be approved by Act of Parliament or those which are simply subject to parliamentary approval, sections 2,3, and 6, provide a stricter control mechanism by requiring that certain decisions have to be approved by public consultation. The rules subject to this procedure include any amendment of the EU Treaties that transfers power or competence from the national to the supranational level, changes in EU's voting rules and other specific provisions significant in UK-EU relationship, for example joining the euro. The subjects in relation to which the UK parliament would be forced to call a referendum are very broad.

As noted treaties have important effect on the national courts. Even when not incorporated in British law international human rights treaties can influence national courts and serve as interpretative criteria. This has certainly been the case for the European Convention on Human

Rights before 1998. Before the Human Rights Act, the Court was said to have determined a:

“[...] persuasive and pervasive influence on judicial decision making..., affecting the interpretation of ambiguous statutory provisions, guiding the exercise of discretions, bearing on the development of common law.” (S.C. Neff, 2011, 625)

Turning back to the EC/EU, one should remember that in the aftermath of World War II, the fermentation of ideas on the creation of political and economic structures that would have lessened the likelihood of future conflicts in Europe triggered a long-lasting process of integration among European states. From the beginning of the discussions the United Kingdom supported the idea of an intergovernmental system rather than the more widely embraced solution of a supranational system. Its strong advocacy for an arrangement that would have allowed nations to have the final say in any decision accounts for its initially limited participation in the integration process. The UK, indeed, refused to devolve part of its sovereignty to a supranational institution – by then the European Coal and Steel Community – limiting its involvement to the membership of the Council of Europe.

The UK finally joined the European Economic Community in 1973 under Edward Heath’s Conservative government after a heated debate in Parliament (356 votes in favour 244 against). The membership of the EEC was then at the forefront of another discussion that resulted in a referendum promoted by the Labour government when they came to power in 1975 to leave the EEC. The Anti-Marketeters were however defeated and thus the United Kingdom remained in the EEC and then, despite the strong opposition of the Thatcher Government in the 1990s, it joined the European Union (J.O. Frosini and G. Tagiuri, 2012, 155-174).

Let us now see how the two levels of government interact today.

First, with regard to the law-making process national interests are advocated through the Council of Ministers, and the European Parliament. The former varies in composition depending on the policy area under discussion. Each member state sends one representative of ministerial rank to the Council while, with regard to the European Parliament the United Kingdom elects 73 out of the 751 MEPs.

Second, with regard to what one might define as the “engine of European integration” i.e. the European Commission, the UK Commissioner, together with the other 27 independent representatives from each member state, contributes in the formulation and implementation of EU policy. Moreover, the 28 heads of government and state as well as the foreign ministers from each member state meet within the European Council to examine and discuss the main issues concerning European integration process.

Finally, the UK appoints one of the 28 judges sitting on the Court of Justice of the European Union.

The participation in such a complex system of integration requires, at domestic level, the creation of offices devoted to the coordination and the management of the relations with the supranational institutions. Beyond the British government itself and its departments, the UK Permanent Representation in Brussels plays a key role in connecting the national and the European executives. Moreover, a very articulated legislative scrutiny on European documents is provided within the UK Parliament. More specifically in the House of Commons the five European standing committees produce an in-depth report to clearly state the UK’s position on EU legislation (R. Ware, 2011, 165-166). In a similar manner, the House of Lords’ Select Committee on the European Union through seven sub-committees divided by specific policy areas, draft comprehensive reports which are read also by European Commission officials. (R. Ware, 2011, 172-175). This system of “checks and balances” is completed by the Scrutiny Reserve Resolution 1988, which requires the

Prime Minister to refer to the above-mentioned committees with regard to EU legislation (R. Ware, 2011, 175). By means of this system of internal scrutiny it is clear that the UK aims at enhancing the principle of parliamentary sovereignty in the sense that the power granted to the EU is “delegated” by the Parliament.

6. But what about the sub-state entities in the United Kingdom? What role do they have in the law-making process at international and supranational level? It is common knowledge that the United Kingdom is composed of four nations: England, Wales, Northern Ireland and Scotland and in order to understand their role one must briefly examine the devolution process that has characterised the transfer of powers from the central government to three of the four nations.

The current devolution process started on 1 May 1997 when the Labour government led by Tony Blair won the election with a landslide majority which entitled it to attempt to implement a programme which also included, amongst other things, proposals to devolve powers to Scotland, Wales and the English regions as well as to pursue peace talks in Northern Ireland (J.O. Frosini, 2011, 11).

In order to demonstrate its commitment to the devolution of powers to Scotland and Wales, the first draft legislation tabled by the Labour Government concerned referenda in Scotland and Wales. This alternative procedure was obviously dictated by political opportunism: it would have been more difficult to oppose the devolution proposals in Parliament once the electorate had already endorsed the concept in a referendum. And this is what in fact happened, since the referenda were approved by the voters. Following the yes vote in the referenda in Scotland and Wales, the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998 were passed.

As regards Northern Ireland, devolution proved to be more difficult to implement. Not by chance, in its 1997 manifesto the Labour Party did not include Northern Ireland within the devolution programme, since the party was aware that no constitutional reform could have taken

root without a peace process which indeed led to the Good Friday Agreement of 10 April 1998. This Agreement summarises a form of devolution tempered by power-sharing elements. The Agreement called for a referendum to be held in support of the constitutional reform. To be precise, two referenda were held, one in Ulster and one in the Republic of Ireland, according to an unprecedented arrangement intended to involve the entire population of the Ireland. In Northern Ireland the referendum represented the link between the Good Friday Agreement and the Act of Parliament implementing devolution, namely the Northern Ireland Act 1998.

Turning back to Scotland, it should be noted that the Scotland Act 1998 is based on the “retaining model”, which provides for an indication of a list of matters that Westminster reserves to itself, whilst Scotland has residual powers over all other matters. In this sense, Scottish devolution follows the example of some emblematic federal systems in which the constitution normally contains a list of the matters reserved to the competence of the central State, whilst the residual matters are vested in the member states. This criterion regulating the division of powers is specified in the majority of federal constitutions, but it would be a mistake to consider the United Kingdom as a federal State for this reason alone. Moreover, it was chosen to divide powers according to ordinary legislation (as opposed to constitutional law) since, whilst federal constitutions use a limited number of articles, the Scotland Act contains a full twenty five pages of description. Obviously, since the Scotland Act 1998 lists exclusively the powers reserved to Westminster, it does not by contrast indicate what powers have been transferred to the Scottish Parliament (J.O. Frosini, 2011, 14).

Despite the fact that the Scotland Act 1998 as a whole and the interpretative documents provide a detailed list, a significant risk of overlap remains between the reserved and devolved matters. In fact, Article 5 has often given rise to questions of interpretation, above all due to its many exceptions; for example, whilst consumer protection is

reserved to Westminster, food safety falls under the competence of the Scottish Parliament. What is of particular interest in the context of this volume is the *particular uncertainty regarding the position of Community law* (G. Clarks, 1999, 504ff, J.O. Frosini, 2011, 14): for example, the Scotland Act provides that relations with the European Union are reserved matters, whilst it is silent on the compliance with and application of Community law, which it therefore appears may also be implemented by devolved bodies. The Scotland Act itself then declares that the power to issue secondary regulations implementing European Union law remains vested in central government ministers. This rather confused situation has in part been resolved thanks to a concordat specifying rules for cooperation between the two executives, rewriting the structure of competences laid down by the Scotland Act.

As far as devolution in Wales is concerned, it should be stressed that a new law was approved in July 2006, the Government of Wales Act 2006, which made significant amendments to the Welsh devolution settlement. In contrast to the Scottish Parliament, the Welsh National Assembly was originally unable to approve primary legislation; consequently, the Welsh National Assembly only had the power to issue secondary legislation.

The Welsh Executive has largely taken on the powers of the Secretary of State for Wales. Cabinet members still have powers equivalent to those of the ministerial departments, within the areas of competence assigned to them. However, whilst the Scottish Parliament has general competence over reserved matters under the terms of the Scotland Act, the Welsh Assembly has been granted powers over specific policy areas.

As a consequence of the Government of Wales Act 2006, in March 2011 a referendum was held which significantly changed devolved government in Wales. Indeed, 63.5% of those that went to the ballot box voted in favour of giving the Welsh National Assembly (the *Senedd*) full legislative power over all the subject-matters assigned to it by the Government of Wales Act 1998. This implies that the *Senedd* now has the

same legislative powers as the Scottish Parliament and the Northern Ireland Assembly. It should be underlined that certain elements of “competential” asymmetry still remain: in fact the Scottish Parliament has legislative power over all those subject-matters that are not reserved to Westminster, while the Welsh National Assembly, on the contrary, exercises legislative power only over specific subject-matters that have been transferred to it through the devolution process (J.O. Frosini, 2011, 16).

Finally, with regard to the Northern Irish settlement, it should be underlined that this in itself is an example interaction between difference levels of government.

The first level is constituted by the Assembly which elects a collegial executive body comprised of: a Prime Minister, a Deputy Prime Minister and six or seven Ministers. The second level includes the North-South Ministerial Council, a transitional organ comprised of six members from Ulster and from the Republic of Ireland, and finally on the third level there is the British-Irish Council: an Assembly comprised of representatives from London, Dublin, the Northern Irish, Scottish and Welsh Assemblies, as well as the Isle of Man and the Channel Islands.

The devolution process initiated in 1997 gave rise to an asymmetrical system of decentralisation. In considering the role played by the four nations in law-making at international and supranational level one must underline the fact that the current territorial organisation of the United Kingdom is uniquely characterised by three types of asymmetry.

First, if one compares Scotland and Wales, one may speak of a “functional” asymmetry, since the Scottish Parliament is vested with legislative powers, whilst the Welsh Assembly only has administrative and executive powers (although this has changed partially since the approval of Government Wales Act 2006 and the referendum in May 2011).

Second, comparing Scotland and Northern Ireland, one may talk of a “competential” asymmetry, since both Holyrood and Stormont are

vested with legislative powers, although the matters over which these two Parliaments may legislate are different.

Finally, as far as England is concerned, one may speak of a “structural” asymmetry since, in contrast to Scotland, Wales and Northern Ireland, the English regions do not have their own Parliament/Assembly (J.O. Frosini, 2011, 21).

Despite devolution (and albeit with a certain degree of uncertainty with regard to Scotland), international law and international relations, including those with the EU, is a reserved area of the Government and Parliament of the United Kingdom as a whole. For this reason neither the four nations nor other local authorities directly take part in the elaboration and application of international and EU law.

With regard to the EU legislative power the four nations enjoy different forms and degrees of participation.

In particular England’s direct involvement has to be examined through the activity of the UK Parliament. Both the House of Lords and the House of Commons have a special committee dealing with European Union law, respectively the EU Selective Committee and the Scrutiny Committee. Their role is to guarantee the respect of the principle of subsidiarity, as one of the most important criteria regulating the EU law making process, and the accountability of the executive for its activity in the Council of Ministers. The committees carefully analyse every stage of the decision-making process before the EU draft becomes law, drawing the attention of the national and supranational institutions on those parts of the text that might need to be revised or improved. Not only do they look at the compliance with the principle of subsidiarity, but they also evaluate the “regulatory impact of assessment”, or in other words the political implications of the proposals (Bianchi *et al*, 2009, 260). Moreover, the conclusions and recommendations in their reports contain a strategic overview of EU issues. They result from in-depth consultations at all institutional levels. Finally, they play an active role in the Conference of

Community and European Affairs Committees of Parliaments of the European Union.

The United Kingdom Permanent Representation to the European Union (UKREP) is the official body representing the UK at the meeting of the Council of Ministers. A permanent representative and his/her deputy sit respectively at the COREPER II and COREPER I. The UK national interests are defended directly by the Government. Another important channel used to influence the decision-making process is the Committee of Regions where the UK has a delegation of 24 members and among them 16 are English. They are elected politicians representing local English institutions such as the Greater London Authority, counties council, and city councils (Bianchi *et al*, 2009, 261)

As noted above international relations and relations with the EU form part of the matters reserved to the UK Parliament. As already underlined, the legal framework passed by the UK Parliament does not provide Northern Ireland, Scotland and Wales with a formal procedure to directly influence the EU law making process. However, the national administrations may have interests concerning the devolved matters. Hence, they participate in working groups of several EU institutions to defend them during the decision-making process. All three nations are members of the Conference of European regions with legislative power (RegLeg), a political network where the regional representatives work on issues of common concern. Moreover, they all have a representation at the Committee of the Regions in the UK delegation. Although the representatives are appointed differently in accordance to the procedures of the four home countries, they all need the final approval by the Foreign and Commonwealth Office. Finally, there are some lobbying groups of different categories established in Brussels, such as the fishermen's associations (Bianchi *et al*, 2009, 258-262).

Moving to the asymmetric structures of devolution provided by the legal frameworks for each of the three nations, there are significant

differences in terms of influence and control over both the UK representation at the EU and over the EU institutions themselves.

In terms of the degree of legislative autonomy from the UK Parliament, the Welsh National Assembly needs to apply to the UK Government in order to obtain the legislative competence for the specific issue. Once it is received, the Welsh National Assembly can produce secondary legislation.

Differently the Northern Ireland Act, requires that the Bill approved by the Northern Ireland Assembly receive the Royal Assent by the UK Parliament before entering into force. As a result, the Northern Ireland Assembly acquires competence in regulating the matters submitted by means of primary legislation.

Finally, the Scotland Act 1998 moves one step forward as, besides the Parliament's competence in making laws after having received the Royal Assent, it provided for the creation of the European and External Relations Committee which is assigned the task of identifying of issues of particular importance to Scotland and the report on EU issues, including proposals for EU legislation and its implementation.

The role of the three devolved nations in influencing the bottom-up phase of EU legislation also varies. Once again on the first rung of the ladder is Wales, which through inquiries and reports on specific matters, can only address recommendations to the Welsh Government, the UK Government and the European Commission. Moreover, although Welsh Ministers can participate in the Council meetings, they act as UK representatives. Finally, the Welsh Office in Brussels is a liaison office with the Assembly for merely informational purposes.

Similarly, the Office of the Northern Ireland Executive in Brussels is not an independent body and depends on the UKREP. As in the Welsh case, Northern Ireland ministers and MPs can formally participate to the European Council and European Parliament meetings though only as representatives of the UK. There is probably more attention in keeping

permanent contact with the UK and the European institutions because of their active involvement in the relatively recent PEACE Programme for the settlement of the internal religious conflict. Northern Ireland has two full and two alternate seats in the Committee of Regions with delegates serving on four sector commissions. CoR members must hold a local or regional authority mandate or be accountable to an elected assembly (Bianchi *et al*, 264)

Although, like Wales and Northern Ireland, Scottish representatives at the council are part of the UK delegation and as such they speak on behalf of the entire United Kingdom, the permanent presence in Brussels, notably Scotland House, has a very proactive approach. It is composed by the Scottish Executive EU Office and Scotland Europa. For example, they meet, on a regular basis, with MPs and representatives of member states that will be holding the presidency. Moreover the Scottish Parliament's Office in Brussels publishes the Brussels Bulletin every fortnight which analyses the most important EU policy issues to be discussed over the year. (Bianchi *et al*, 263-270).

7. Before addressing the political issues concerning the United Kingdom and Europe let us briefly complete our examination of the relationship between the national courts, on one hand, and the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union on the other.

With regard to the Court in Strasbourg the lack of a British Bill of Rights has meant an absolute centrality of the ECHR in the debate. First of all it is worth recalling that the European Convention, unlike the EC Treaty, does not provide for its provisions to have direct effect in domestic law.

The United Kingdom under the Attlee Government (1945-1950) was very active in the discussion and in the drafting of the convention, but it was then quite reluctant to join. Recent studies on the discussions that preceded the Convention show how the United Kingdom was committed to

a treaty that only had to have a symbolic effect in order to dissuade the emergence of other totalitarian regimes. Finally the agreement provided for the creation of a court to monitor violations of the convention's rights by the member states, but the United Kingdom in exchange obtained that access to the courts on the part of individuals be a mere option for the member state (G. Martinico, 2010, 142).

Atlee was finally able to secure UK membership, but it was only the Labour government of Harold Wilson, in the mid 1960s, that provided UK citizens with the right of direct access to the European Court of Human Rights. Nonetheless, for more than three decades UK citizens were unable to enforce the rights provided by the convention before their domestic courts. Failure to incorporate the ECHR into a domestic bill meant that the convention did not have any domestic legal effect. For the first 20 years the convention was almost imperceptible in UK domestic law and this is very surprising if one takes into account a principle of interpretation which recommends that in case of ambiguity a domestic statute should be interpreted in conformity with international law. The absence of the ECHR from all important human rights decisions at the time is therefore quite striking. However, one should also underline that UK common law was already highly protective of human rights.

The first important acknowledgment of the ECHR appears in Lord Denning's opinion in *Birdie v. Secretary of State for Home Affairs* in 1975. In that case he stated that the Convention should always be a relevant factor to be considered in interpreting a statute. For Lord Denning therefore ambiguity of the statutory provision was not necessary to trigger the interpretative power of the convention. In the same decision Denning went as far as affirming that the ECHR might be seen as a law hierarchically superior to a statute, however, his statement was not really followed through. If it had been, it would have represented a judicial affirmation of the superiority of the ECHR – quite difficult to reconcile with the principle of parliamentary sovereignty that we illustrated in detail above, and indeed these very progressive statements of Lord Denning

were soon reversed by further decisions that reaffirmed the more orthodox rule. Not only the ECHR could not become part of British legislation until it was made law by Parliament, but recourse to it for the purpose of interpreting a statute was possible only in cases of ambiguity.

A controversy, not dissimilar to the one dominating the current debate, emerged in the 1990s, when several (mainly right-wing) politicians and newspapers started portraying British sovereignty and democracy as endangered by proactive judges subservient to the European Court of Human Rights, but all this changed in 1997 thanks to New Labour's resolve of incorporating the ECHR into an Act of Parliament. In the words of Lord Irvine the United Kingdom:

“[...] should be leading in the development of Human rights in Europe, not grudgingly driven to swallow the medicine prescribed for us by the court in Strasbourg... Our citizens should be able to secure their human rights not only from a court in Strasbourg but from our own judges.”

One should underline that the jurisprudence developed at supranational level by the European Court of Justice (now Court of Justice of the European Union) and the European Court of Human Rights influences the UK domestic law in accordance respectively with the European Communities Act 1972 and the Human Rights Act 1998. Moreover, it is worth noting that there is a great deal of jurisprudence that the two courts have developed from other member states of the Council of Europe or European Union. These judgments certainly have an indirect impact on the UK domestic law as well.

With regard to the ECJ many of its decisions are easily absorbed into the domestic system. However, the promotion of integration as the guiding principle of its jurisprudence has often led to decisions that

require remarkable changes to British domestic law. For example, as the case *R (o/a Bidar) v Ealing LBC* [2005] QB 812 demonstrates, the court in Luxembourg sought to implement the principle of equal treatment to nationals and to the residents from the other member states. Providing the same benefits for all resident companies or taxpayers implied a reallocation of resources and therefore a significant change in the British system. Hence, the commitment to enforce the decisions of the ECJ may have serious consequences on the entire domestic legal order of the member states.

A different issue arises with the jurisprudence developed by the Court in Strasbourg. In particular it concerns section 2 of the Human Rights Act 1998, which provides that domestic courts have to “take into account” any jurisprudence of the Strasbourg court if the case has arisen in connection with a Convention right (Section 2 of the European Communities Act). This obligation is much weaker than the one that requires British judges to enforce the decision of the Luxembourg court. Nevertheless, as Lord Bingham maintains in *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] 2AC323at[20] that courts “keep pace with Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more but certainly no less.” Therefore, he recognises the authoritative role of the ECHR’s rulings, though with a high degree of flexibility. This statement confirms the Parliament’s intention to leave to the domestic courts a margin of appreciation in the application of the ECHR’s jurisprudence. The approach of the courts from other member states seems to be the same, although they may have a written constitution that ensures the primacy to specific rights, as in Germany (A. Alen and M. Melchior, 2002, 304 -327).

Finally, it should be underlined that there are some British legal scholars who believe that the margin of appreciation jeopardizes the role of the Strasbourg court as the guardian of human rights. The issue concerns not only the protection of rights, but also the competence of national courts. According to Lady Justice Arden if a matter falls in the grey area of the margin of appreciation, the courts ought to decide as to

whether the matter should be determined by the Parliament or by the courts. (Lady Justice Arden, 2010, 17).

8. Finally let us examine the relationship between the United Kingdom and the supranational European level of government from a *political* perspective rather than from a strictly legal standpoint by narrating the most significant events of the year that preceded the publication of this book. Indeed, in many respects 2013 can be considered an *annus horribilis* in terms of the relationship between the United Kingdom and Europe. Indeed, the Cameron Government appeared to be constantly singing the refrain of the Clash's 1981 hit single "Should I stay or should I go?". 2013 was also a year that clearly showed that there are very diverging opinions within the United Kingdom itself as regards the relationship with the Courts in Strasbourg and Luxembourg and that there is growing tensions between the executive and the judiciary in the United Kingdom due to the way the ECHR is used in the national courts.

2013 began with Cameron declaring on 23 January that if the Conservative Party were to win the next elections he would hold a referendum on the United Kingdom's membership of the European Union. More precisely Cameron underlined that the 2015 Manifesto of the Tories would contain the pledge to renegotiate the terms of Britain's position within the EU. It is common knowledge that the British Prime Minister would rather the UK remained in the EU, but the referendum clearly represents a concession towards the Eurosceptic wing of his party.

A month later on 16 February, in an interview to the *The Sunday Mail*, the Home Secretary Theresa May launched an unprecedented attack against the courts accusing judges of using the ECHR to go against the will of Parliament and prevent the deportation of immigrants who have committed crimes in the United Kingdom. In particular the cabinet minister's attack was against Art. 8 of the ECHR and the right to a private and family right. According to May the abuse of this provision is the very reason why the Government should introduce a *British* Bill of Rights.

On 5 March Lord Neuberger, President of the UK Supreme Court, in an interview to the BBC (his first since taking up office in October 2012) specifically addressed the issue of the relationship between the Supreme Court and the European Court of Human Rights by denying that the Supreme Court is submissive towards Strasbourg. On the contrary, Lord Neuberger underlined that there is a constant *dialogue* between the Courts. Lord Neuberger also said it was “unfortunate” that Home Secretary Theresa May had attacked judges for “ignoring” rules on deporting foreign criminals. But he said he would not get into a “slanging” match with Mrs May.

“I think attacking judges is not a sensible way to proceed. It causes me concern but it does not alarm me. No government has done anything to undermine judges.” He added: “It is unfortunate that the home secretary has acted and spoken as she has done.” (BBC interview, 5 March 2013).

Lord Neuberger’s position was supported a few days later by Lady Hale (the only female judge on the Supreme Court) when she too intervened in the ongoing debate as to whether the United Kingdom should remain part of the Council of Europe. In particular, Lady Hale said that she was against the idea of repealing the Human Rights Act so as to allow Parliament to approve laws that are in contrast with the ECHR. Furthermore, Lady Hale pointed out that such a decision would imply the United Kingdom leaving *not only* the Council of Europe, but *also* the European Union.

Further testimony of the tensions between the UK and the Council of Europe emerged in an interview to BBC Radio 4 by the President of the Strasbourg Court Judge Dean Spielmann from Luxembourg who declared that it would be a “political disaster” if the UK pulled out of the ECHR and this would also mean leaving the 47-member Council of Europe and possibly the EU. Spielmann warned that this could undermine the UK’s credibility in promoting human rights around the world: “Any member state who would leave the Council of Europe, who

would denounce the convention, would lose its credibility when it comes to promoting human rights also in different parts of the world.” (J. Rozenburg, 2013).

Asked about the Home Secretary’s complaint that his court had moved the goalposts to prevent the deportation of “dangerous” men such as the radical Palestinian-Jordanian cleric Abu Qatada, he said: “I have a problem with such criticism, because it goes to the heart of the rule of law. A decision of a court must be executed. If a decision is not executed this is a violation of the rule of law which is a basic principle of any democracy” (J. Rozenburg, 2013)

Judge Spielmann went on to underline that there was a risk that such an attitude would set a bad example to other member states:

“They might say ‘Well if the UK doesn't comply with our judgments, why should we comply?’ Such an attitude causes real damage to the UK's international reputation, because it undermines the whole system and it causes great damage to the credibility of the UK when it comes to promoting human rights in other parts of the world.” (J. Rozenburg, 2013)

Another moment of great tension and controversy came in early July 2013 when the Court in Strasbourg handed down the decision *Vinter and Others v. the United Kingdom* (Grand Chamber: application nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10 with which the Grand Chamber ruled that the United Kingdom’s failure to provide a mechanism by which prisoners serving whole life sentences could seek a review of the continuing justification of their detention was in breach of Article 3 of the European Convention on Human Rights.

The Court's judgment clearly highlights the gap between the UK position that punishment and retribution can sometimes properly be the sole aim of a sentence, and the emergence of a clear move towards a rehabilitative theory in Europe and internationally. This decision provoked a vigorous reaction by the tabloid press. In particular the front page of the *Daily Mail* asked the question "What About The Victims' Rights?" and published a letter by the justice secretary Chris Grayling where he underlined that if the Court in Strasbourg continued to interfere with the constitutional system of the United Kingdom then Britain would have no choice but to leave the ECHR (J. Doyle, J. Slack and J. Tozer, 2013, 1ff).

The climate got even worse a few days later when on 16 July the judges in Strasbourg ruled in favour of two complaints against the United Kingdom claiming human rights breaches. The cases *McCaughey and Others v. the United Kingdom* (no. 43098/09) and *Collette and Michael Hemsworth v. the United Kingdom* (no. 58559/09) both involved the death of the applicants' relatives at the hands of security forces in Northern Ireland. As just satisfaction, the court awarded in respect of non-pecuniary damage 20,000 euro to Collette and Michael Hemsworth; and in respect of costs and expenses 14,000 euro to Brigid McCaughey, Pat Grew and Letitia Quinn and 11,000 euro to Collette and Michael Hemsworth.

In handing down these decisions the judges relied in particular on Article 2 (right to life) alone and in conjunction with Article 13 (right to an effective remedy). There was outcry from several Tory backbenchers and also the tabloid papers who claimed that the Strasbourg Court had fundamentally favoured terrorists and enemies of the United Kingdom in its ruling.

The culmination of these contentions came on 29 September 2013 during David Cameron's opening speech at the Conservative Party conference in Manchester and in an interview to the BBC where the Prime Minister himself hardened his position on the ECHR saying he was willing to consider any option to ensure Britain can remove foreign criminals.

This was the first time Cameron openly backed the suggestion of many Tories including Theresa May, the Home Secretary, and Chris Grayling, the Justice Secretary, on leaving the ECHR altogether.

Until then, Mr Cameron had declined to back those calls, but in a BBC interview, he changed his position. The Prime Minister said that electing an all-Conservative government in 2015 was the only way to ensure tough rules that allow deportation:

“As prime minister, what I want to know is can I keep our country safe? For instance, are we able to chuck out of our country people who have no right to be here, who threaten our country? I saw we should be able to do that. Whatever that takes, we must deliver that outcome. And that is what I think we have the next 20 months to do, and put in our manifesto.”

The remainder of 2013 was characterised by further comments against the United Kingdom leaving the ECHR (including those of former president of the Strasbourg Court, Sir Nicolas Bratza, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Niels Muižnieks, and the shadow justice secretary, Sadiq Khan), while both the Home Secretary, Theresa May and Justice Secretary Chris Grayling persisted with the idea of repealing the Human Rights Act and introducing a British Bill of Rights.

One cannot escape the fact that both Britain’s membership of the European Union and its permanence in the Council of Europe are likely to be at the forefront of the next General Election campaign in 2015 and the impression is that Winston Churchill’s famous phrase “We have our own dream and our own task. We are with Europe, but not of it. We are linked but not combined. We are interested and associated but not absorbed” still influences many members of the Conservative Party and not only.

May be the time has indeed come for the British people to decide though referenda on whether the United Kingdom should remain a member of these two supranational European systems, however, one should not forget that those who promoted the referendum to leave the EEC back in 1975 obtained a result that was diametrically the opposite to what they had been hoping for... will history repeat itself in the near future?

Bibliography

Alen A., Melchior M., *The Relations between the Constitutional Courts and the other National Courts including Interference in this Area of the action of the European Courts*, General Report to the XIIth Conference of European Constitutional Courts, May 2002

Andenas M., Bjorge E., *Giudici nazionali e interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti umani. La prospettiva inglese, francese e tedesca*, DUDI, 2010

Arden, Lady Justice DBE, *Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe*, Yearbook of European Law, vol. 29, Oxford University Press, Oxford, 2010

Bianchi, V. et al, *European Master in Law and Policies of European Integration: European Constitutional Law and Multi-Level Constitutionalism*, Promotion Victor Hugo, May, 2010.

Clarks, G., *Scottish devolution and the European Union*, in *Public Law*, 1999

Doyle, J., Slack, J., Tozer, J., *What About the Victims' Rights*, Daily Mail, 10 July 2013

Ferrari G.F., Pollicino O., *The Impact of supranational law on the national sovereignty of member states, with particular regard to the judicial reaction of UK and Italy to the new aggressive approach of the European Court of Human Rights*, *Comparative Law Review*, 2011

Frosini, J.O. *Constitutional Justice*, in G.F. Ferrari (ed.), *Introduction to Italian Public Law*, Giuffrè, Milan, 2008

Frosini, J.O. *Revisione e "Manutenzione" costituzionale nel Regno Unito*, in F. Palermo (a cura di), *La Manutenzione costituzionale*, Cedam, Padova, 2007

Frosini, J.O., *Regional Autonomy, the Welfare State and Fiscal Devolution: a Recipe for Indigestion? The Experience of the United Kingdom*, in A. Cicchetti, J.O. Frosini, M. Gola, *Public Law and Regulation. Collected Essays*, Maggioli, Rimini, 2011.

Frosini, J.O., Tagiuri, G., *Il referendum del 1975: quando i britannici decisero di rimanere nella Comunit  economica europea*, in A. Torre, J.O. Frosini (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Rimini, 2012

Martinico, G., Pollicino, O. (eds), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010

Napoletano N., Caligiuri A., *The application of the ECHR in the Domestic System*, *Irish Yearbook of International Law*, 2011

Neff S.C., *United Kingdom*, in S. Dinah (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Rozenburg, J., *UK human rights convention exit would be disastrous*, BBC Radio 4, Law in Action, 4 June 2013.

Vandamme T.A., Reestman J.H., *Ambiguity in the Rule of Law: The Interface Between National and International Legal Systems*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2001.

Ware R., *EMU: The Constitutional Implications*, House of Commons Library, 1998.

