

LOS EFECTOS DE LOS DICTÁMENES DE LOS COMITÉS DE EXPERTOS DE NACIONES UNIDAS EN DERECHO ITALIANO

Federica Costagliola

Profesora Ayudante Doctora

Universidad de Cantabria

I. INTRODUCCIÓN

El Estado italiano ha ratificado los 8 Protocolos facultativos a los Tratados en materia de protección de derechos humanos y que, como se ha adelantado en otros lugares de este trabajo, incluyen la previsión de un sistema de comunicaciones individuales que los particulares pueden presentar ante un Comité de Expertos¹.

1. Más concretamente, el Estado Italiano se adhiere al Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos mediante la ley n. 881 de 25 de octubre de 1977 (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* n. 333 de 7 de diciembre de 1977). Se ratifica el 15 de septiembre de 1978 (*Gazzetta Ufficiale* n. 328 del 23 de noviembre de 1978) y entra en vigor el 15 de diciembre de 1978. En el caso de la Convención contra la Tortura, la adhesión se produce por medio de la ley n. 498 de 3 noviembre de 1988 (*Gazzetta Ufficiale* n. 271 de 18 de noviembre de 1988). Se ratifica el 12 de enero de 1989 (*Gazzetta Ufficiale* n. 93 de 21 de abril 1989) y entra en vigor en noviembre de 1989. La adhesión a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial se llevó a cabo a través de la ley n. 654 de 13 de octubre de 1975 (*Gazzetta Ufficiale* n. 337 de 23 de diciembre de 1975) y se ratificó el 5 de enero de 1976 (*Gazzetta Ufficiale* n. 56 de 3 de marzo de 1976), entrando en vigor el 4 de febrero de 1976. En el caso del Protocolo facultativo a la CEDAW Italia se adhiere el 10 de diciembre de 1999 y se ratifica el 22 de septiembre de 2000. El Protocolo entra en vigor el 22 de diciembre de 2000. La adhesión al Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se realiza con la ley n.18 de 3

Hasta la fecha, según consta en la base de datos de los órganos de tratado, son 26 los dictámenes recaídos en procedimientos en los que se ha visto involucrada la República italiana (la mayoría de ellos emitidos por el Comité de Derechos Humanos) y en 9 de ellos se ha declarado la existencia de violaciones de los derechos humanos imputables al Estado². Sin embargo, ni el *Consiglio di Stato*, ni los *Tribunali Amministrativi Regionali* (TAR), ni la *Suprema Corte di Cassazione* —esto es, los órganos que componen el sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa nacional— se han pronunciado directamente acerca del análisis de las consecuencias que conlleva para el Estado el dictado de un dictamen en su contra. Sí lo ha hecho la *Corte Costituzionale* en dos sentencias del año 2018, sobre las que posteriormente nos detendremos, si bien, como veremos, se trata de meros *obiter dicta*. Por su parte, los trabajos de la doctrina —especialmente la administrativista— sobre esta cuestión son más bien escasos³.

En nuestra opinión, se trata de un tema de importancia capital, en la medida en que, como aclararemos a continuación, con la reforma del Título V de la Constitución llevada a cabo en el año 2001, se ha introducido en la *Norma Normarum* italiana un artículo, el 117, en virtud del cual se ha consagrado el compromiso de adecuar la actividad legislativa a las obligaciones de carácter internacional que hayan sido asumidas por el Estado. Antes de la entrada en vigor de dicha norma, la única referencia al Derecho internacional en la Carta consti-

de marzo de 2009 (*Gazzetta Ufficiale* n. 61 de 14 de marzo de 2009). Fue ratificada el 15 de mayo 2009, entrando en vigor el 14 de junio posterior. El Protocolo facultativo del del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha entrado en vigor el 26 de octubre de 2014 (la adhesión y la ratifica se llevaron a cabo, respectivamente, el 3 de octubre de 2014 y el 20 de febrero de 2015). El 21 de agosto de 2015 ha entrado en vigor la ley n. 131 de 29 de julio de 2015, mediante la cual el Estado italiano ha procedido a ratificar y a dar ejecución a la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Italia ha ratificado el Tercer Protocolo de la Convención de los derechos del Niño sobre un procedimiento de comunicación a través de la Ley de 16 de noviembre de 2015, n. 199, que ha entrado en vigor el 18 de diciembre posterior.

2. Puede accederse a las decisiones relativas a Italia contenidas en las bases de datos referida a través del siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&CountryID=85&DocTypeCategoryID=6. En concreto, hasta la fecha, se ha presentado un total de 26 comunicaciones contra el Estado italiano, habiéndose retirado por el propio autor una de ellas. El mayor número de comunicaciones (19) se ha presentado ante el Comité de Derechos Humanos, que en 4 casos ha estimado la existencia de violaciones imputables al Estado, en 2 ha considerado que no subsistían las violaciones lamentadas, mientras que ha inadmitido las restantes 12 comunicaciones, al considerar que no se habían agotado los recursos internos. Ante el Comité contra la tortura se ha presentado una única comunicación, que ha sido inadmitida. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha resuelto 2 comunicaciones, estimando una de ellas y considerando inadmisibles la otra, también por no haberse agotado los recursos internos. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha resuelto y estimado la única comunicación que ha sido sometida a su conocimiento. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha considerado la existencia de violaciones por parte de Italia en las 3 comunicaciones que ha conocido. Ante los restantes Comités no se han presentado comunicaciones.

3. Para facilitar la comprensión del lector, las citas jurisprudenciales y doctrinales que se han incluido en este análisis y cuyo texto se encuentra originariamente redactado en italiano, se han traducido autónomamente por la autora.

tucional italiana se hallaba en el artículo 10.1, que recoge la obligación para el ordenamiento jurídico interno de conformarse «alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», esto es, a las normas internacionales consuetudinarias, para las cuales opera una adaptación constante y automática.

De cualquier manera, como adelantábamos, la cuestión fundamental que entendemos abordar en este estudio puede resumirse de la siguiente manera: ¿qué consecuencia tiene para el Estado italiano el hecho de que se haya dictado en su contra un dictamen por parte de alguno de los órganos de los Tratados en materia de derechos humanos?

II. EL «ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI» SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Afirma SALERNO que un ordenamiento constitucional que se considere un Estado de Derecho «desconocería su propia esencia», si negara que a la persona humana se le reconocieran aquellas garantías que el Estado se ha comprometido a respetar en el «plano internacional»⁴. Para entender cuáles son esas garantías, comencemos recordando que el artículo 117.1 de la Constitución italiana, al que anteriormente se ha hecho referencia, reza que: «la potestad legislativa se ejerce por el Estado y por las Regiones de conformidad con la Constitución así como con las obligaciones derivadas del ordenamiento comunitario e internacional»⁵. Esta norma, en puridad, se refiere expresamente al legislador, que, entre otras cosas, se halla vinculado al respeto de las fuentes supranacionales o, mejor dicho, al cumplimiento de aquellas obligaciones que el Estado haya asumido por mor del Derecho internacional. Sin embargo, según la doctrina, ese mismo vínculo también se extiende a las demás articulaciones del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales y la Administración⁶. Así, nos preguntamos: ¿cabe entender que los tratados sobre derechos humanos también se hallan incluidos en el marco de tales obligaciones?

La respuesta, en nuestra opinión, no puede sino ser afirmativa. La inclusión de todos tratados objeto de este estudio en las obligaciones a las que se refiere el precepto mencionado viene de hecho respaldada por lo previsto en la Legge

4. SALERNO, F. (2007), «Vincolo costituzionale all'attuazione dell'obbligo di riparazione stabilito dalla Corte EDU», Bin, R.; BRUNELLI, G.; PUGIOTTO, A. y VERONESI, P. (coords.) *All'incrocio tra Costituzione e CEDU, Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino: Giappichelli, 2007, p. 227.

5. Dicha norma se modificó con ocasión de la gran reforma del Título V de la Constitución, llevada a cabo a través de la Ley Constitucional 3/2011, por medio de la cual se alteró íntegramente la distribución del poder correspondiente a las Regiones y a las Entidades Locales. Como subraya LAMARQUE, en un primer momento, el alcance de la introducción en el artículo 117 de la necesidad de respetar las obligaciones asumidas por el Estado conforme con el Derecho internacional pasó desapercibido. E. LAMARQUE (2010), «Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana», *Corriere Giuridico*, 7, p. 955.

6. Por ejemplo, SALERNO, F. (2007: 229-230).

de 5 de junio de 2003, n. 131, relativa a las *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, comúnmente conocida como legge «La Loggia», por el nombre de su promotor. Su artículo 1.1, dispone que «constituyen limitaciones al poder legislativo del Estado y de las Regiones, de conformidad con el art. 117, apartado primero, de la Constitución, las que deriven de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas a que se refiere el art. 10 de la Constitución, de los acuerdos de limitación mutua de soberanía a que se refiere el art. 11 de la Constitución, del Derecho comunitario y de los tratados internacionales». Esta previsión, al referirse expresamente a los tratados internacionales, incluye claramente los relativos a los derechos humanos. En ese sentido, no está de más recordar que en la STC 194/2018, de 26 de septiembre, la *Corte Costituzionale* ha expresamente reconocido que la Carta Social Europea tiene «valore di parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost.», por lo que, forma parte del sistema de fuentes del Estado, entrando de lleno en las fuentes del juicio de constitucionalidad⁷.

Sin embargo, mientras parece clara la posibilidad de incluir los tratados que Italia haya ratificado en el marco de esas obligaciones del artículo 117 y, por ende, de admitir su función de *parametro interposto*, la solución no es tan sencilla para el caso de la interpretación que de los mismos hayan llevado a cabo los Comités de expertos instituidos por dichos tratados.

Acerca de esta cuestión, si bien a través de meros *obiter dicta*, como se adelantaba al principio, se ha pronunciado la *Corte Costituzionale* italiana en las sentencias número 120 y 194, de 13 de junio y 26 de septiembre de 2018 y a las que nos parece oportuno dedicar unas palabras.

En primer lugar, creemos necesario poner de manifiesto que, en ambas sentencias, la Corte Costituzionale se pronuncia acerca del valor de las decisiones del Comité Europeo de Derechos sociales, órgano que tiene encomendado velar por el cumplimiento de la Carta Social Europea por parte de los Estados. Se trata de un matiz importante en la medida en que, contrariamente a lo que acontece en el caso de los demás tratados sobre derechos humanos, a través del Protoco-

7. En ese sentido, PERRONE, F. (2020), «La forza vincolante delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione CGIL c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti», *Lavoro Diritti Europa*, 1. Según el autor, «por primera vez, se rompió el confinamiento de la Carta en la nebulosa opaca del *soft law* para reconocer su papel como fuente de derecho objetivo» Perrone, no obstante, liga este valor a las características concretas y específicas de la Carta y a las peculiaridades del Comité Europeo de derechos sociales, cuya estrecha vinculación con el TEDH derivaría del hecho de que «ambos organismos desenvuelven sus funciones en el marco del Consejo de Europa» y de que las decisiones del Comité tienen cierta influencia también en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así las cosas, aunque dichas decisiones carecen de la «fuerza vinculante propia del *ius cogens*», debe reconocérseles en todo caso «un peso orientativo *soft* en la interpretación del derecho interno». Sin embargo, para que ello acontezca, es necesario que «el derecho en juego este «cubierto» por el CEDH o, dicho de otra manera, que este último sea aplicable *ratione materiae* al asunto en cuestión». El límite al que se enfrenta esa interpretación se encuentra, a nuestro juicio, en la imposibilidad de hacerla extensiva a los pronunciamientos de los demás *Treaty bodies*, por lo que no resuelve el problema que nos planteamos.

lo Adicional de 1995 se implanta únicamente un sistema de reclamaciones colectivas, no siendo posible la remisión de comunicaciones individuales. Aún existiendo esa diferencia no marginal, consideramos interesante el análisis de esas sentencias puesto que, como seguidamente aclararemos, la argumentación en ellas contenida atañe, con carácter general, a la eficacia que se atribuye en el ordenamiento italiano a las decisiones de los Comités.

La sentencia núm. 120/2018, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el *Consiglio di Stato* acerca de la compatibilidad con la Constitución y otras normas internacionales como el CEDH y la Carta Social Europea de la prohibición para los militares de constituir asociaciones profesionales de carácter sindical o adherirse a asociaciones sindicales ya existentes, contenidas en el artículo 1475.2 del Codice dell'Ordinamento Militare (d.lgs núm. 66 del 2010).

Entre otras cosas, dicha previsión se consideraba incompatible con el artículo 5, apartado tercero de la Carta social europea, así como con la decisión del Comité de expertos de 27 de enero de 2016 recaída en el asunto *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP) contra Francia* (comunicación n. 101/2013).

En los hechos de la sentencia se recoge la opinión del *Consiglio di Stato*, según el que cualquier decisión del Comité sobre las comunicaciones colectivas no sólo carece de efecto directo en los ordenamientos de los Estados miembros, sino que «tampoco puede ser fuente de obligaciones de carácter internacional para el Estado interesado». Se añade, además, que la Carta Social Europea no asigna al Comité Europeo de Derechos Sociales «la competencia exclusiva para su interpretación». De esta postura se eco el Juez de la Constitución italiana, cuando dice que, contrariamente al CEDH, la Carta Social Europea no contiene ninguna disposición con efecto equivalente al art. 32, párrafo 1 del Convenio, que reconoce la competencia del TEDH sobre «todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Convenio y sus Protocolos que le sean sometidas». Pero además, añade la *Corte Costituzionale*, el Protocolo adicional a la Carta Social Europea, que establece y regula el sistema de comunicaciones colectivas, tampoco contiene una disposición similar al art. 46 del CEDH, que establece que «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a cumplir las sentencias firmes del Tribunal en los litigios en los que sean partes», precepto, éste, del que dimana la autoridad de cosa juzgada de las sentencias dictadas por el TEDH relativas al Estado/s en disputa y dictadas por el Tribunal. Así las cosas, la consecuencia que todo lo anterior conlleva es que

«en el contexto de las relaciones así delineadas entre la Carta Social Europea y los Estados parte, las decisiones del Comité, a pesar de su autoridad, no vinculan a los jueces nacionales en la interpretación de la Carta, especialmente cuando —como en el asunto enjuiciado— la interpretación propuesta no está respaldada por nuestros principios constitucionales».

Por tanto, aun reconociéndose cierta autoridad a las decisiones del Comité, las mismas no vinculan a los jueces nacionales, en la medida en que no existe

obligación alguna de acatarlas por parte de los Estados que hayan adherido al Protocolo. La Corte se reafirma en su postura también en la posterior STC núm. 194/2018, haciendo hincapié en que, aunque se haya reconocido la *autorevolezza* de los dictámenes del Comité los mismos no llevan aparejadas ninguna obligación para los jueces nacionales⁸. Y ello no es sino la consecuencia del hecho de que, pese a reconocerse que la Carta Social Europea es un elemento relevante de cara al control de constitucionalidad, únicamente cobra relevancia en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada ante el Juez de la Constitución, puesto que

«no tiene efecto directo y su aplicación no puede producirse inmediatamente por el juez sino que requiere la intervención de este Tribunal, al que debe presentarse la oportuna cuestión de legitimidad constitucional, por violación del mencionado art. 117 apartado primero de la Constitución, de la ley nacional considerada contraria a la Carta» (STC 120/2018, §10.1).

En definitiva, tal y como también reconoce la doctrina mayoritaria italiana, a través de los pronunciamientos analizados, el Juez de las leyes «rejected the possibility to equate the ECSR pronouncement with the judgments of the ECtHR»⁹, considerando los dictámenes del Comité como meras opiniones que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden no tener en cuenta¹⁰. En esta tesitura, las decisiones de los Comité de expertos tendrían un valor meramente ético-

8. En este caso se sometía al juez de la Constitución italiana el sistema de las indemnizaciones por despido improcedente previstas en el denominado *Jobs Act*, un compendio de normas en materia laboral aprobadas entre los años 2014 y 2016. Entre otras cosas, se alegaba la incompatibilidad con el artículo 24 de la Carta Social Europea y con la decisión del Comité de 31 de enero de 2017, asunto *Finnish Society of Social Rights contra Finlandia* (comunicación n. 106/2014).

9. BORLINI, L. y CREMA, L. (2019), «The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies: International Supervision, Authoritative Interpretations or mission éducatrice?», *European Society of International Law - Conference Paper Series*, 3, disponible a través del siguiente enlace: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513180. En sentido similar, TANCREDI, A. [(2019) «La Carta Sociale Europea come parámetro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2, p. 497], recuerda que, en general, acerca de las decisiones de los Comités creados por los Tratados sobre derechos humanos, «la opinión que parece acogerse mayoritariamente por parte de la doctrina es la que excluye su carácter vinculante».

10. Así lo recalcan, entre otros, SPEZIALE, V. (2018) «Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015); *Forum quaderni costituzionali*, pp. 21-66. Accesible a través del siguiente enlace <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/07/atti-convegno-jobs-act.pdf> (Última consulta 22/07/2023), así como LAZZARI, C. (2019), «Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018», *Federalismi.it*, 4. Accesible a través del siguiente enlace: <https://www.federalismi.it> (Última consulta 15/05/2023).

moral, con la única consecuencia de manchar la imagen del Estado a nivel internacional¹¹.

A través de sus pronunciamientos, la Corte Costituzionale excluye, pues, la posibilidad de hacer extensiva a las decisiones que nos ocupan la aplicación de las sentencias núm. 348 y 349 del 2007, conocidas como *sentenze gemelle*, en las que se reconocía a los pronunciamientos del TEDH el valor de fuentes del derecho, toda vez que las normas del CEDH «viven en la interpretación que de las mismas hace el Tribunal Europeo» (§4 STC 348/2007)¹².

Se mantiene, a tal propósito, que al Tribunal de Estrasburgo le corresponde la interpretación exclusiva del CEDH¹³ y, puesto que los Estados parte han mantenido la posibilidad de «ejercer el derecho de reserva relativo una u otra disposición con ocasión de la ratificación, así como el derecho de denuncia posterior», la falta de ejercicio de tales derechos conlleva la «aceptación total y consciente del sistema y sus implicaciones». Son esos caracteres los que hacen que al CEDH, «*così come interpretat[o] dal “suo” giudice*», se le reconozca en ámbito nacional una relevancia «ciertamente distinta de la a quella della generalità degli accordi internazionali», cuya interpretación, «sigue siendo responsabilidad de las Partes».

El razonamiento expuesto en principio nos llevaría a pensar que, puesto que los acuerdos objeto de este análisis carecen de ese *quid plus* propio del sistema de Estrasburgo, su vulneración, aunque fuera detectada por los órganos a los que se les encomienda su interpretación, no sería susceptibles de generar obligación alguna para el Estado infractor. En ese sentido, retomando las palabras de Cassese, pese a que tienen un alto valor ético-político, los dictámenes no tienen valor jurídicamente vinculante¹⁴.

11. Así lo sostiene, por ejemplo, TREVES quien sostiene que sería justamente la voluntad de no manchar la consideración del Estado a nivel internacional, lo que obligaría, de alguna manera, a cumplir las decisiones de los Comités. TREVES, T. (2005), *Diritto internazionale: problemi fondamentali*, Milano: Giuffrè, p. 201. Para ahondar en este aspecto, entre muchos otros aspecto, véanse: Cassese, A. (2009), *I diritti umani oggi*, Bari: Laterza; Degani, P. (2001), «Nazioni Unite e «genere»: il sistema di protezione internazionale dei diritti umani delle donne», *Research Papers (Centro di Studi e di Formazione sui Diritti della persona e dei popoli)*, 1; GULLO, V. (2021), «Il ruolo degli organi internazionali quasi-giudiziari e la tutela dei diritti umani», *DirittoConsenso*. Revista online accesible a través del siguiente enlace: <https://www.dirittoconsenso.it>. Última consulta: 29/11/2022; LORUBBIO, V. (2022), «Violenza contro le donne e limiti delle Convenzioni Internazionali: Solo Una Questione Di Diritti?», *Ordine internazionale e diritti umani*, p. 1185; CARPANELLI, E. (2019), «Di corti e comitati... L'epilogo del “caso Lambert” nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani», *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, pp. 18 y ss.

12. A estas sentencias se han dedicado ríos de tinta por parte de la doctrina italiana. Por todos, podemos destacar, sin ánimo de exhaustividad: CARTABIA, M. (2007), «Le sentenze ‘gemelle’: diritti fondamentali, fonti, giudici», *Giurisprudenza costituzionale*, p. 3565 y ss.; A. Ruggieri (2008), «La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-abstracta e prospettiva assiologico-sostanziale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, pp. 215-222; RUOTOLO, M. (2013), «L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.», *Rivista AIC*, 2. Disponible a través del siguiente enlace <https://www.rivistaaic.it>. Última consulta: 10 de junio de 2024.

13. En el texto italiano de la sentencia se utiliza la expresión «interpretazione centralizzata», esto es, concentrada o exclusiva del Convenio.

14. CASSESE, A. (2009: 100).

Entre las peculiaridades del CEDH a las que también apela el Juez de la Constitución en las dos sentencias de 2007 y también en la n.120 de 2018, como se ha dicho anteriormente, se halla la previsión contenida en el artículo 32 de la CEDU.

Es cierto que no existe en los demás tratados sobre derechos humanos una disposición cuya letra coincida con la del precepto referido, pero ello no es óbice para mantener que los Comités también tienen atribuida una competencia en cierto modo análoga a la que le corresponde al TEDH. Como mantiene una parte de la doctrina italiana, se trataría, en efecto, de una función fisiológica propia de los órganos de control en general. Así, la interpretación de la norma fuente de la obligación internacional es consustancial y esencial a la función de control que tales órganos tienen encomendada ¹⁵.

Por ello, no resulta acertada esa distinción fundada en una sobreestimación del artículo 32 del CEDH. Coincidiendo en este aspecto con RUSSO, dicha norma no permite extender *erga omnes* los efectos vinculantes de los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo, ni apela al principio *stare decisis* propio de los ordenamientos del Derecho de matriz anglosajona, sino que confiere «*suprema autorevolezza*» a la interpretación realizada por la Corte europea, en especial la que sea expresión de una postura consolidada, «convirtiéndola en un punto de referencia esencial para el intérprete»¹⁶. Función, esa última, compartida con las decisiones de los Comités.

15. BORLINI, L., CREMA L. (2018: 91). Según los autores sin interpretar las normas de los tratados internacionales, esos órganos no podrían cumplir su función típica: es decir, no podrían monitorear la correcta y adecuada actuación de las obligaciones que derivan de estos tratados para los Estados parte. Por ello « Los informes, comentarios generales, directrices o recomendaciones de los Comités de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas son típica y necesariamente también actos que interpretan las normas establecidas por dichos Tratados».

16. RUSSO, D. (2019:169- 171). En palabras de la autora, esa «autoridad interpretativa», no guarda relación con la natura jurídicamente vinculante de las decisiones y/o pronunciamientos, sino que se funda en la «independencia y sobre la autoridad del órgano juzgador y sobre las garantías procesales de carácter sustancialmente jurisdiccional», siendo estos caracteres algo propio no solo de los jueces sino también de los órganos de control internacional. Comparten esta opinión también FORLATI, S. (2018), «On 'Court Generated State Practice': The Interpretation of Treaties as Dialogue between International Courts and States», *Austrian Review of International and European Law*, 20, p. 108. En realidad, algunos autores italianos llegan a cuestionar que el artículo 32 atribuya al TEDH una competencia exclusiva en la interpretación del Convenio, tal y como pretende la doctrina mayoritaria. Así, según Palombino, «ni el Convenio atribuye una función interpretativa exclusiva al Tribunal Europeo, ni el propio Tribunal ha reclamado nunca tal función para sí mismo». Si bien el artículo 32 del CEDH, le otorga al Tribunal la competencia para interpretar el Convenio, de ello no cabe deducir que se trate de una competencia de carácter exclusivo, debiéndose interpretar conjuntamente a lo previsto en el artículo 46 del CEDH, delimitando únicamente el ámbito subjetivo de los pronunciamientos del Juez de Estrasburgo. F. PALOMBINO (2018), «Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della corte europea dei diritti umani», *Osservatorio sulle fonti*, 1, consultable a través del siguiente enlace: <https://www.osservatoriosullefonti.it>. Última consulta: 12/07/2023. Mantienen una postura análoga también LAMARQUE, E. (2010: 959) y DONATI, F. (2018), «Il rilievo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni», *Osservatorio sulle fonti*, 1.

En ese sentido, creemos conveniente destacar que la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Diallo*, refiriéndose a las decisiones del Comité de Derechos Humanos, recalca que:

«Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled»¹⁷.

Y, el propio Comité de Derechos Humanos en su General Comment núm. 33 acerca de las obligaciones *of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Right*, refiriéndose a sus propios dictámenes dice que representan «an authoritative determination», dimanante del órgano establecido por el Tratado, al que se le encomienda «the interpretation of that instrument».

Por tanto, concluye el Comité, los dictámenes, «derive their character, and the importance which attaches to them, from the integral role of the Committee under both the Covenant and the Optional Protocol»¹⁸.

Lo anterior, es precisamente lo que nos lleva a concluir que los Tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado italiano habrían que imponerse en el Derecho nacional según la interpretación llevada a cabo por sus órganos

17. Asunto *Abmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, sentencia de 30 de noviembre de 2010, §66. La Corte Internacional de Justicia ha adoptado una postura similar también en el asunto *Qatar v. United Arab Emirates*, sentencia de 4 de febrero de 2021, §101.

Precisamente la relevancia otorgada por la Corte Internacional de Justicia corroboraría, según MASSA, el valor de las decisiones de los Comités, que no puede pasarse por alto por parte de los Estados, ya que las normas que aplican tienen su origen en los propios Tratados o sus protocolos posteriores. MASSA, E. (2019), «L'evoluzione del diritto internazionale dei rifugiati attraverso la partecipazione dell'ACNUR alla funzione giurisdizionale», *La Comunità internazionale*, 3, p. 423.

18. El texto íntegro del *General Comment* puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ccpr.c.gc.33.pdf>. Para ahondar en el contenido de este *General Comment* u Observación General, nos remitimos al interesantísimo estudio de SÁNCHEZ LAMELAS A. (2024), «Los dictámenes de los comités de expertos de Naciones Unidas y la responsabilidad del Estado», *Revista de Administración Pública*, 224, pp. 213-241. Si bien la profesora SÁNCHEZ LAMELAS llega a una conclusión distinta a la de la autora de este trabajo, la premisa fundamental en la que se basan ambos estudios coincide en la sustancia: la Observación General número 33 no puede servir de base para defender el valor *legally binding* de los dictámenes de los órganos de control de los Tratados que nos ocupan, si bien deja claro el papel de intérpretes autorizados que se les encomienda a esos Comités. Las diferencias en la opinión de ambas autoras atañen precisamente a las consecuencias que este papel debería conllevar para el Estado destinatario de un dictamen emitido en su contra.

de control, en la medida en que la finalidad de éstos últimos no es otra que la de especificar y aclarar el contenido de las obligaciones que se surgen para los estados a raíz de su adhesión a dichos tratados¹⁹. En efecto, según el sistema construido por los tratados que nos ocupan, son los respectivos Comités quienes tienen encomendado velar por su cumplimiento por parte de los Estados contratantes²⁰, a los que les incumbe, por tanto, un deber de «leal cooperación»²¹. En

19. A este propósito, véase LAZZARI, C. (2019: 17). El autor se refiere expresamente al Comité DS y a la Carta Social Europea, si bien sus conclusiones pueden extenderse a cualquiera de los Comités que analizamos. En efecto, en el caso del examen de las comunicaciones individuales, así se deduce de la lectura del artículo 1 del Primer Protocolo Facultativo al PIDCP; del artículo 22 de la Convención contra la Tortura, del artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de los artículos 1 y 2 del Primer Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 2 del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 31 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 5 del Tercer Protocolo facultativo de la Convención de los derechos del Niño. De todos esos preceptos se deduce la competencia de los respectivos Comité para recibir las comunicaciones presentadas por parte de aquellos individuos o grupos de individuos que aleguen haber sido víctimas de una violación, imputable al Estado contratante, de cualquiera de los derechos reconocidos en el Tratado de aplicación. La competencia para la interpretación de los tratados es inmanente e imprescindible para que cada Comité pueda pronunciarse sobre la existencia de una violación de los derechos consagrados en la norma supranacional. En ese sentido, a través de la aceptación de los Protocolos que nos ocupan, los Estados firmantes estarían reconociéndose implícitamente y de manera automática a esos órganos de control y garantía, una especie de «autorización para realizar una actividad de integración y desarrollo de las normas sobre las que efectivamente ejercen el control». SEATZU, F. (2012), «Sull'interpretazione del patto delle nazioni unite sui diritti economici, sociali e culturali: regole, criteri ermeneutici e comparazioni», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, p. 362.

20. En palabras de FONTNANA, el Comité sería el «custode» de los derechos recogidos en la Carta. Fontana, G. (2018), La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: «one step forward two step back», *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*, 382.

21. RUSSO, D. (2018), «La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta Sociale Europea: il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei Diritti Sociali», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), Forum quaderni costituzionali, p. 131. De la misma autora, a este respecto, véase también [RUSSO, D. (2019), «I trattati sui diritti umani nell'ordinamento italiano alla luce delle sentenze n. 120 e 194 del 2018 della Corte costituzionale», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, p. 174. A la *leale cooperazione* y a la *buona fede* como fundamento de la obligación de tener en cuenta las decisiones de los Comités también apunta también AMOROSO, quien sostiene que, aun cuando se trate de un principio expresamente previsto en el marco de las relaciones entre la Unión Europea y sus Estados miembros y al que también alude expresamente el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europea, su contenido no difiere «cualitativamente» del principio homólogo establecido por el derecho internacional, ya que ambos «derivan del principio más general de buena fe en la interpretación y ejecución de los tratados». AMOROSO, D. (2018), «Sull'obbligo della Corte Costituzionale italiana di «prendere in considerazione» le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), Forum quaderni

ese sentido, el deber de respetar los derechos consagrados por la Carta, se integra y se funde con el *onus* de cooperar con el Comité, teniendo en cuenta su interpretación. Nos encontraríamos, por tanto, ante «*obblighi convenzionali di pari valore giuridico*» y que, juntos, conforman gli «*impegni internazionali*» derivados de la participación del Estado en los tratados ²².

El razonamiento expresado hace pensar que la de respetar la interpretación efectuada por los Comités de Expertos, debe considerarse incluida dentro de «*gli obblighi internazionali*», a los que apela el artículo 117.1 Cost.²³ Pero ¿qué ocurre si eso no acontece? ¿Cuáles son las consecuencias para el Estado? O, más concretamente, cuando el Estado no acata la decisión dictada en el marco de un procedimiento de comunicación individual en el que se ha visto involucrado, ¿es posible actuar en contra del Estado a través de la vía de la responsabilidad patrimonial?

III. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DEL DICTADO DE UN DICTAMEN CONTRA EL ESTADO ITALIANO

La respuesta a la cuestión que planteamos, evidentemente, depende en buena medida del valor que se pretende atribuir a los dictámenes de los Comités. Claro está que la aceptación de la postura de la doctrina mayoritaria, que, resumiendo, los considera *not binding* jurídicamente, lleva aparejada la negación de la posibilidad de obtener la reparación del daño sufrido, aunque se haya detectado por parte del órgano de control la violación por parte del Estado de alguno de los derechos consagrados en el tratado de aplicación. Y no podría ser de otra manera dado que, bajo esas premisas, los dictámenes de los Comités sencillamente serían irrelevantes a efectos de determinar si el daño sufrido es antijurídico o *contra ius*.

constituzionali, p. 82. También se refiere al deber de acatar conforme con la buena fe CARPANELLI, E. (2019: 19).

22. Russo, D. (2018:133).

23. Frente a esta postura no han faltado las críticas de una parte de la doctrina, según la cual, aun cuando se acepte la competencia de esos órganos para interpretar los respectivos tratados y resolver los conflictos derivados de su interpretación o aplicación, ello no implica de ninguna manera reconocer la naturaleza vinculante *tout court* de sus decisiones. Para que ello acontezca, sería necesaria una previsión expresa, que no cabe deducir, en principio «de la autoridad de los órganos de control ni del desarrollo progresivo por parte de esos órganos de parámetros, métodos de trabajo y técnicas sustancialmente jurídicas». O, en otras palabras, el valor de esas decisiones no podría sencillamente deducirse del desarrollo de una «*cuasi-jurisprudencia*» de tales órganos, sino que necesitaría acreditarse de manera más rigurosa. Por todos, *vid.* BORLINI, L. y CREMA, L. (2018), «Il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei Diritti Sociali ai fini dell'interpretazione della carta sociale europea nel diritto internazionale» *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), Forum quaderni costituzionali, p. 96.

Hasta el momento, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han mostrado un interés solo marginal sobre este tema y, como hemos adelantado, en general, no se han mostrado partidarias de la posibilidad de admitir la responsabilidad del Estado sobre la base de la decisión de alguno de los *Treaty bodies*. Lo afirman con claridad meridiana BORLINI Y CREMA, según los cuales el sistema garantizado por los tratados y protocolos opcionales está encaminado «not to allocate legal liability, but rather to carry out a gentle mission éducatrice, to encourage States, by influence and soft power, to adopt behaviours and practices that comply with international legal standards»²⁴. A esos órganos, en resumidas cuentas, se les atribuiría una *gentle mission éducatrice* y que, según VAN ALEBEEK Y NOLLKAEMPER, en su caso le podría servir al particular para solicitar ante los órganos nacionales «an independent review of the matter», pero que en modo alguno daría lugar a la automática reparación de los perjuicios sufridos²⁵.

Esa postura, se refleja perfectamente en el hecho de que, pese a las violaciones detectadas por los Comités, hasta el momento, no nos consta que el Estado italiano haya adoptado medida alguna para cumplir con las recomendaciones contenidas en los dictámenes. Es buena muestra de ello lo ocurrido tras el Dictamen núm. 3042/2017, emitido por el Comité de Derechos Humanos y sobre el que volveremos posteriormente, en un asunto que tuvo mucha repercusión social y mediática. Se trata de la comunicación presentada a consecuencia del naufragio ocurrido al sur isla de Lampedusa el 11 de octubre de 2013, en el que fallecieron más de 200 migrantes. Entre otras cosas, el Comité condenó al Estado a

«reparar plenamente a los individuos cuyos derechos amparados por el Pacto han sido vulnerados, teniendo en cuenta la posible responsabilidad de otros Estados por el mismo incidente. En consecuencia, el Estado parte está obligado, entre otras cosas, a adoptar las medidas adecuadas para proceder con celeridad a realizar una investigación independiente y efectiva y, si se considera necesario, a procesar y juzgar a los responsables de la muerte y la desaparición de los familiares de los autores. El Estado parte tiene también la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro».

Sin embargo, no solo no se ha adoptado medida alguna por parte de Italia para hacer efectivo el dictamen que nos ocupa, sino que es muy llamativo el hecho de que en su sentencia núm. 14998 de 2 de diciembre de 2022, dictada por la Segunda Sección Penal del Tribunal de Roma, ni tan siquiera se haga mención de la existencia de dicho dictamen, aun siendo el mismo muy anterior al dictado de la resolución judicial. Es cierto que en el marco del procedimiento penal se debatía acerca de la posible prescripción de los delitos por los que se

24. BORLINI, L., CREMA L. (2019:50).

25. NOLLKAEMPER, A.; VAN ALEBEEK, R. (2012), «The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law», en KELLER, H.; ULFSTEIN, G., *UN human rights treaty bodies: law and legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 360 y ss.

estaba investigando a algunos militares de la marina italiana considerados supuestamente responsables por el naufragio, pero sorprende que entre las fuentes de Derecho internacional al que la sentencia se refiere no conste ninguna referencia, si quiera somera, al Dictamen mencionado. Incluso en la gran mayoría de informes periódicos sobre la aplicación de los derechos protegidos por los Tratados cuyo control les corresponde a los Comités que ahora analizamos, Italia ha reconocido en muchas ocasiones la falta o insuficiente adopción de medidas para poner remedio a las violaciones que se le imputan al Estado²⁶.

Si bien esa falta de consideración parece bastante generalizada incluso a nivel europeo, no está de más recordar que no han faltado soluciones en cierto modo distintas. Hay que destacar, en ese sentido, las posturas adoptadas por parte de algunos de los Estados que también han ratificado los Protocolos facultativos a los que nos referimos. Es este, por ejemplo, el caso del Derecho finlandés. En efecto, aunque para este ordenamiento las decisiones de los Comités no son consideradas *legally binding*, sí permiten fundar la responsabilidad del Estado derivada de la violación de derechos humanos. Así se ha actuado en el caso de los asuntos *Antti Vuolanne v. Finland*²⁷ y *Torres v. Finland*²⁸, en los que se había declarado por parte del Human Right Committee que Finlandia había violado el artículo 9. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, que prohíbe las detenciones ilegales. Los dos autores de dichas comunicaciones han podido obtener la reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia de esas violaciones. Así las cosas, la jurisprudencia referida permite apreciar que, «under

26. Cabría, no obstante, evidenciar una excepción a esa tendencia generalizada de *quasi*-pasividad que hemos descrito. En efecto, en sus observaciones finales del año 2017 emitidas tras el sexto Informe periódico de Italia (CAT/C/ITA/5-6), el Comité contra la Tortura expresó una grave preocupación por el hacinamiento en las cárceles italianas y las condiciones inadecuadas y vejatoria a las que se sometían los detenidos, evidenciando incluso una falta de acceso adecuado a los servicios sanitarios y a los programas de rehabilitación, lo que suponía una patente vulneración de los derechos garantizados por la Convención contra la Tortura. Ante tal situación, el Comité recomendó al Estado la adopción de medidas oportunas para poner remedio a esas violaciones. Si bien no se hace mención alguna de las observaciones del Comité, lo cierto es que, en esa misma época se llevaron a cabo por parte del Estado una serie de reformas legislativas. Se aprobó, en primer lugar, la Ley n. 103 de 2017 (también conocida como Reforma Orlando, por el nombre de su promotor), que introdujo una serie de cambios de gran envergadura en el código penal, el código de procedimiento penal y el ordenamiento penitenciario italiano. Entre ellos, podemos destacar el fomento de penas alternativas a la de prisión para cierto tipo de delitos, precisamente para poner remedio al hacinamiento de las cárceles. Posteriormente, se aprobó el Decreto Legislativo n. 123 de 2018, de reforma del ordenamiento penitenciario, que se adoptó precisamente en desarrollo de la Ley antes citada. Es cierto que, como hemos dicho, no existe una referencia expresa a las observaciones referidas y en este caso el Estado habría actuado no a consecuencia de un dictamen emitido en su contra, sino tras las observaciones finales presentadas por el CAT, pero aún así creemos que se trate de un precedente que merece la pena destacar dada la naturaleza igualmente *not legally binding* de tales observaciones.

27. *Antti Vuolanne v. Finland*, Communication No. 265/1987, 2 May 1989, texto disponible al siguiente enlace: <https://www.refworld.org/cases,HRC,50b8ee372.html> (Última consulta 29/12/2023).

28. *Torres v. Finland*, Communication No. 291/1988, 2 April 1990, Texto disponible al siguiente enlace: <https://www.refworld.org/cases,HRC,47fdfaf5d.html>. (Última consulta 29/12/2023).

Finnish law, a finding of a violation of the ICCPR in a HRC decision may create an obligation for the state to pay compensation»²⁹.

Y también, en sentido similar, podemos citar la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1263/2018, de 17 de julio, analizada detalladamente en otro lugar de este trabajo y en la que refiriéndose a la CEDAW y a los Dictámenes de su Comité, la Sala señala que «aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo» y que «el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno», por lo que dicho dictamen puede ser considerado «como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado» (FD 7º). Es cierto que, como ha reiterado el Tribunal Supremo español a lo largo de la sentencia, se trata de una decisión íntimamente ligada a las circunstancias del caso concreto y que, por ende, carece de alcance general, pero, sin duda, representa un precedente muy interesante para tener en cuenta.

Como es fácil de entender, se trata de una postura totalmente antitética a la contenida en las sentencias n. 120 y 194 de 2018 anteriormente referidas, en las que el Juez italiano se apresura a subrayar que esas decisiones no vinculan al Estado desde el punto de vista del Derecho nacional.

Somos conscientes de que, *prima facie* cabría sostener que nos encontramos ante supuestos distintos: en los asuntos enjuiciados por la *Corte Costituzionale* se razonaba acerca del valor de unas decisiones que no involucraban directamente al Estado italiano (de hecho, en un caso iban dirigidas contra Francia, en otro contra Finlandia), mientras que en los otros dos supuestos los Comités se pronunciaban sobre las infracciones cometidas, respectivamente, por Finlandia y España, esto es, afectaban directamente al Estado cuya responsabilidad se solicitaba en ámbito nacional. Sin embargo, como aclaran BORLINI Y CREMA, en cuanto al fondo, «the issue they raise is the same: if and to what degree must a State conform to an interpretation or a decisum issued by a human rights treaty monitoring body»³⁰.

Pese a todo lo anterior, el verdadero problema al que nos enfrentamos y que, sin embargo, parece pasar desapercibido por parte de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria nacional, estriba en si cabe considerar que el procedimiento tramitado ante los Comités de expertos ofrece las suficientes garantías como

29. NOLLKAEMPER, A.; VAN ALEBEEK, R. (2012: 365 y ss.). En sentido similar, analizando la jurisprudencia sobre el artículo 105 de la Ley Introductoria del Código Civil de Grecia, los dos autores inciden en que, según el Tribunal Supremo Administrativo, el Estado puede ser considerado responsable «for adopting laws that result in violations of the Constitution or treaties». Por tanto, puesto que cabe considerar los dictámenes «an authoritative determination of such a violation», la víctima podría exigir la responsabilidad del Estado al amparo de lo previsto en el precepto reseñado.

30. BORLINI, L., CREMA, L. (2019).

para considerar al Estado infractor legítimamente obligado a la reparación de la violación detectada. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, como el propio nombre sugiere, los distintos Comités están integrados por especialistas en la materia que corresponda y que no necesariamente pertenecen al ámbito jurídico, son pues, Comités de expertos —válgase la redundancia— y no de juristas³¹. Y ello, en ciertas ocasiones, se traduce en una aplicación laxa o muy flexible del procedimiento. Es cierto que, como hemos indicado, por lo menos en el caso de Italia, han sido más las comunicaciones inadmitidas que las que, finalmente, se han resuelto en cuanto al fondo si bien, con respecto a estas últimas también hemos podido detectar en muchos casos una aplicación no muy rigurosa del procedimiento. Nos parecen muy gráficas en ese sentido las decisiones que a continuación indicamos, emitidas todas ellas en contra del Estado italiano.

Así, en el dictamen núm. 51/2018 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relacionado con el reconocimiento y garantías legales para los cuidadores familiares de personas con discapacidad, se concluye que el Estado ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 19, 23 y 28, párrafo 2 c), leídos conjuntamente con el artículo 5 de la Convención sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad. Sin embargo, examinado el texto del dictamen se advierte cierta laxitud por parte del Comité tanto en lo que respecta a la legitimación activa de la autora de la comunicación, como en cuanto al requisito del agotamiento de las vías de recursos internos, *conditio sine qua non* para llevar la controversia ante el órgano que nos ocupa. Con respecto a este último punto, tal y como se recoge en el dictamen, la autora interpuso ante los Tribunales en Milán y Roma una demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social en la que solicitaba el pago de la seguridad social y de las prestaciones sociales que, en su opinión, le correspondían. Ambas demandas fueron desestimadas en sentencias de 15 de julio y el 14 de octubre de 2014. En ambos casos cabía recurso frente a las mismas, lo que implica que, en principio, no se habían agotado las vías de recursos internas. Sin embargo, acogiendo el argumento de la autora, que no es más que una alegación no probada, el Comité considera que los recursos oportunos no tenían posibilidad de prosperar, por lo que acaba concluyendo que la comunicación debe considerarse admisible.

Otro ejemplo es el dictamen núm. 3042/2017, al que nos hemos referido anteriormente, emitido por el Comité de Derechos Humanos, tras el naufragio

31. No falta sin embargo en la doctrina italiana quien asimila la labor de los Comités a la de verdaderos tribunales internacionales. Así, según PERRINI, si bien los Comités no son órganos jurisdiccionales, es innegable que, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo, el mecanismo de comunicaciones es muy similar al mecanismo de recurso ante órganos jurisdiccionales internacionales de protección de derechos humanos. PERRINI, F. (2021), «Il ruolo, le attività e le prospettive di riforma del sistema degli organi di controllo della tutela dei diritti umani istituiti dai core treaties delle Nazioni Unite», *La Comunità internazionale - Quaderni: L'azione dell'ONU per la promozione e la protezione dei diritti umani nel 75° anniversario dell'organizzazione*, p. 55.

de 200 migrantes en las aguas cercanas a la isla de Lampedusa en 2013. Unos de los elementos nucleares de la cuestión del que dependía la admisibilidad de la comunicación ante el Comité estaba relacionado con la competencia del Estado italiano para proceder a las operaciones de rescate y salvamento marítimo, con arreglo a lo previsto en el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos de 1979. Tal y como se aclara en el dictamen, dicho Convenio delimita entre los Estados sus respectivas zonas de búsqueda y salvamento, en las que se incluyen no solo las aguas territoriales de cada uno, sino también partes de alta mar. En lo que ahora nos interesa, aplicando estrictamente las reglas del Convenio referido, el naufragio aconteció dentro de la zona de búsqueda y salvamento de Malta. Así se deja claro en tres de los votos disidentes formulados frente al dictamen. Sin embargo, el Comité obvia esta cuestión aduciendo, sin ahondar demasiado en ello, la existencia de una relación especial de dependencia entre las víctimas y el Estado italiano, según las normas de Derecho internacional del mar contenidas en el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974. La debilidad del argumento queda corroborada incluso por uno de los votos concurrentes (Anexo VII, Dña. Hélène Tigroudja), en el que se reconoce expresamente que «el razonamiento jurídico seguido por la mayoría no es completamente riguroso», especialmente en lo que respecta a la cuestión de la jurisdicción de Italia sobre el asunto, ya que «[h]ay una confusión entre las obligaciones sustantivas y la existencia de un vínculo jurisdiccional con Italia», lo que determina que «los fundamentos para establecer ese vínculo jurisdiccional no están claros».

También podemos citar el dictamen núm. 2979/2017 del Comité de derechos humanos, en el que se debatía acerca de la discriminación por estatura para entrar en el cuerpo nacional de bomberos, previéndose un límite mínimo de 165 cm, aplicable tanto a hombres como a mujeres. En este caso, el punto que nos genera alguna perplejidad consiste en que, por esos mismos hechos, la autora ya había presentado una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual fue desestimada el 11 de septiembre por no cumplir las condiciones de admisibilidad establecidas en los artículos 34 y 35 del CEDH. Hay que tener en cuenta, a este propósito, que, al ratificar el Protocolo facultativo, Italia formuló la siguiente reserva:

« The Italian Republic ratifies the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, it being understood that the provisions of article 5, paragraph 2, of the Protocol mean that the Committee provided for in article 28 of the Covenant shall not consider any communication from an individual unless it has ascertained that the same matter is not being and has not been examined under another procedure of international investigation or settlement».

Queda clara, por tanto, la exclusión de la competencia del Comité para aquellos asuntos que ya han sido o están siendo examinados por el TEDH. Ahora bien, según se indica en el dictamen, de conformidad con la jurisprudencia del propio Comité en relación con el artículo 5, párrafo 2 a) del Protocolo Faculta-

tivo, la reserva del Estado italiano operaría cuando el TEDH declare la inadmisibilidad no solamente por razones de procedimiento, sino que examine en cierta medida también el fondo del asunto. A este propósito, y para obviar este obstáculo, el Comité se limita a afirmar —nuevamente, sin ahondar en ello— que «en el presente caso, dado el carácter sucinto de la decisión, en la que no se especifican los motivos de inadmisibilidad, el Comité considera que no está en condiciones de determinar que el caso presentado por la autora ya haya sido objeto de un examen, aunque sea limitado, en cuanto al fondo».

O, por último, sin pretensión de ser exhaustivos, podemos citar el dictamen núm. 699/1996, del mismo Comité de derechos humanos, dictado en un asunto que trae lugar de la comunicación presentada por un ciudadano iraní de 65 años que se encontraba cumpliendo una condena a 10 años de reclusión en Italia. El autor, camionero, fue condenado a la pena de prisión por importación y venta de estupefacientes en Italia. Tanto el proceso en primera instancia como la apelación tuvieron lugar habiéndose declarado al autor en situación de rebeldía procesal. Es interesante destacar que en el propio dictamen se reconoce que por parte del autor de la comunicación ni tan siquiera se especifican cuáles son las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos supuestamente violadas.

En sus observaciones, el Estado italiano aclaró que el autor de la comunicación fue debidamente representado por un abogado de oficio en el juicio penal instado en su contra. Además, cuando se produjo su detención mientras se encontraba en Estados Unidos, el autor estuvo igualmente representado por un abogado de oficio y el Ministerio Fiscal le informó de los mecanismos que se hallaban a su disposición para obtener una revisión o revocación de las sentencias dictadas en su contra. Llama la atención, por tanto, que el Comité argumente que el Estado podía haber puesto remedio a la violación del derecho del autor a ser juzgado en su presencia «si hubiera tenido derecho a un nuevo juicio en su presencia cuando se lo apresó». En efecto, como se ha adelantado, según el Derecho italiano, el autor tenía derecho a la revocación o revisión de su sentencia y, por ende, a la repetición del juicio, habiendo sido informado debidamente de ello, habiéndolo también reiterado el Estado en sus observaciones. Sin embargo, a la hora de decidir, el Comité ha decidido otorgar relevancia a una carta de un abogado italiano, aportada por el propio autor de la comunicación, en la que se expresaba que, ateniendo a las circunstancias del asunto, el autor ya no tenía derecho a la repetición del juicio. El Comité considera que «hay que otorgar la debida importancia al dictamen jurídico que figura en esa carta» y, pese a que existían «unas normas que reglamentaran el derecho a solicitar la repetición del juicio», no cabe concluir que resultaran de aplicación a la contienda «si hubiera prueba irrefutable de que esas normas no regían en su caso». Nos parece como poco dudoso que la carta de un abogado de parte pueda considerarse como «prueba irrefutable» sobre el Derecho aplicable, máxime puesto que no se aclara la razón por la que la misma se considera dotada de un *plus* de valor con respecto a los argumentos, igualmente jurídicos, expuestos por el Estado italiano.

De todo lo anterior y dejando de lado las peculiaridades de cada asunto, cabe deducir que, en más de una ocasión, los órganos de expertos han interpre-

tado de manera flexibles y no del todo rigurosa las normas de procedimiento, en la gran mayoría de casos, con el fin de poder asumir y justificar su competencia en el asunto. A nuestro juicio, esa falta de rigor asume un papel determinante a la hora de razonar acerca del carácter vinculante de las decisiones de los Comités, en la medida en que, de alguna manera, atempera su objetividad y, por ende, su valor para el Estado parte. Nos parece interesante señalar que, incluso quienes, como Marchesi, sostienen que el procedimiento que se sustancia ante los Comités se caracteriza por rigor e imparcialidad, reconocen que no se realizan actividades encaminadas a corroborar la realidad de los hechos objeto de las comunicaciones recibidas, lo que denota cierta pasividad en la forma en la que dichos órganos desarrollan las funciones que tienen encomendadas³².

Pese a todo, va de suyo que, si como se ha mantenido se comparte la conclusión de que los tratados que nos ocupan, sus protocolos facultativos y la interpretación que de los mismos llevan a cabo los respectivos Comités forman parte de las obligaciones que el Estado debe acatar, nos parece complicado sostener que la violación de tales obligaciones acabe siendo totalmente huérfana de consecuencias jurídicas. Como sostiene Forlati, la aceptación de esos mecanismos de control obliga al Estado a que, ineludiblemente, tenga que enfrentarse a ellos de manera constructiva, por lo que cualquiera de los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias, tiene el deber de «partecipare in buona fede al procedimento di controllo internazionale»³³. De no ser así, se iría en contra de aquel *duty to cooperate* al que nos hemos referido anteriormente y que rige en la aplicación de los tratados de los que el Estado italiano es parte.

Tampoco puede pasarse por alto que, en su General Comment n. 33 anteriormente citado, el Comité de Derechos Humanos afirmaba lo siguiente:

«Most States do not have specific enabling legislation to receive the views of the Committee into their domestic legal order. The domestic law of some States parties does, however, provide for the payment of compensation to the victims of violations of human rights as found by international organs. In any case, States parties must use whatever means lie within their power in order to give effect to the views issued by the Committee» §20³⁴.

32. MARCHESI, A. (2021) *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano: FrancoAngeli, pp. 113 y ss.

33. FORLATI, S. (2018), «Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la «giurisprudenza» del Comitato Europeo per i Diritti Sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), *Forum quaderni costituzionali*, p. 78.

34. Según RUSSO, (2019: 166), esa observación general del Comité, es acorde con el espíritu de los tratados sobre derechos humanos, de los que cabría deducir la existencia de una verdadera obligación de interpretar las disposiciones de dichos tratados a la luz de la interpretación efectuada por sus órganos de control. La autora considera que se trata de una postura coherente también con lo

Y, en sentido similar, en el Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of Courts, de 26 de septiembre de 2014, la European Commission for Democracy through Law, indica que, pese a que las decisiones de los Comités y, más en concreto, del Comité sobre Derechos Humanos, «are not legally binding judgments», ello no obstante, las normas «on which the treaty bodies pronounce themselves», sí son «binding obligations of the States parties, por lo que «the pronouncements of the treaty bodies are more than mere recommendations that can be readily disregarded because a State Party disagrees with the interpretation adopted by the HRC or with its application to the facts». Por ello, los Estados contrayentes «cannot simply ignore them, but have to consider them in good faith (bona fide)» (§78)³⁵. Lo contrario, implicaría socavar gravemente la competencia de los Comités de decidir sobre las comunicaciones individuales, reconocida por los Estados a través de la aceptación de los Protocolos facultativos³⁶.

En resumen, pese a las criticidades que hemos detectado, la adhesión a los respectivos Protocolos facultativos y la sumisión voluntaria a los mecanismos de control en los mismos previstos hace que, recaída una decisión en el marco de un procedimiento de comunicación individual, en nuestra opinión el Estado italiano no pueda pura y llanamente ignorarla, lo que no implica, como veremos, que en todo caso tenga que aceptar de manera pasiva y automática la existencia y consecuencias de dicha violación, pero sí que, de apartarse de lo decidido por el órgano de expertos, tendría el *onus* de aclarar las razones por las que no procede la adopción de las medidas recomendadas.

establecido por la Comisión de Derecho Internacional, que en su *Guide to Practice on Reservations to Treaties* de 2011, había afirmado que:

«there is no doubt that contracting States or contracting organizations have a general duty to cooperate with the treaty monitoring bodies that they have established - which is what is evoked by the expression «shall give consideration» in the first part of the guideline. Of course, if such bodies have been vested with decision-making power the parties must respect their decisions». (§3.2.3).

Hay que tener en cuenta que la propia Comisión añadía acto seguido que «this is currently not the case in practice except for some regional human rights courts». Ello no obstante, aunque sus conclusiones «are not legally binding», los Estados contrayentes «are obliged [...] to «take account» of their assessments in good faith». Nos encontramos nuevamente ante una referencia al deber de buena fe al que anteriormente hemos aludido.

35. Así lo considera también RUSSO, D. (2019:167), aclarando que los Estados tienen la posibilidad de apartarse de la opinión expresada por el órgano de control si ésta no refleja un principio de derecho aplicable a las características particulares del caso concreto, si bien deberán motivar expresamente las razones que lo justifican, ya que la falta de justificación podría conducir a la violación de las obligaciones internacionales establecidas en el tratado.

36. En estos términos lo ha expresado el Comité de Derechos Humanos en el asunto *Densil Robert c. Barbados*, Communication No. 504/1992, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/504/1992 (1994).

IV. LOS DICTÁMENES COMO POSIBLE FUENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. PREMISAS

Creemos que para responder a la cuestión que planteamos en el título de este epígrafe es necesario partir de una premisa: todos los tratados en materia de derechos humanos que analizamos recogen una previsión específica acerca de la obligación por parte del Estado de poner remedio a las violaciones de los derechos garantizados en dichos tratados, adoptando aquellas medidas que resulten oportunas.

Tras haber ratificados esos instrumentos internacionales, el Estado italiano se ha comprometido a adoptar las medidas referidas y, por ende, a garantizar que las víctimas pudieran obtener una reparación efectiva de los perjuicios sufridos. No es más, pues, que una de las manifestaciones de las obligaciones a las que alude el más veces citado artículo 117.1 Cost.

Sin embargo, no queda claro que ello sea suficiente para que el particular pueda solicitar y obtener la reparación del daño con base en lo resuelto por el Comité. De entrada, es preciso poner de manifiesto que no existe ningún cauce *ad hoc* que le permita al particular que ha obtenido a su favor el reconocimiento de alguna vulneración imputable al Estado hacer efectivo por sí mismo lo resuelto por el Comité. Por ello, habrá de recurrirse a alguna de las vías ya previstas en el marco del Derecho nacional, que, en el caso del Derecho italiano, se concreta en la eventualidad de exigir la responsabilidad derivada de la vulneración de los tratados que el Estado se había comprometido a respetar.

A la par de lo que acontece para el TEDH en relación con el Convenio, según una parte de la doctrina nacional, como se ha dicho, a los Comités de expertos también se le atribuye una competencia privilegiada en la interpretación de sus respectivos tratados. La propia *Corte Costituzionale*, en efecto, había llegado a sostener que, aun cuando no fueran vinculantes para el Juez nacional, debía reconocerse a los dictámenes una clara «autorevolezza».

Precisamente al hilo de esta comparación podemos traer a colación la sentencia del Juez de las leyes italiano núm. 49/2015, de 26 de marzo, en cuyo FD 7º se afirma lo siguiente:

«El Tribunal de Estrasburgo es competente para pronunciar la «última palabra» (sentencia nº 349 de 2007) en relación con todas las cuestiones relativas a la interpretación y a la aplicación del Convenio y de sus Protocolos, según lo que las partes contratantes hayan establecido en aplicación del art. 32 del CEDH. Se trata de una «eminente función interpretativa» (sentencia nº 348 de 2007), con la que se asegura que, al final de una confrontación hermenéutica, en la que se trata de involucrar lo más ampliamente posible a la comunidad de intérpretes, se obtenga de una norma del Convenio capaz de garantizar seguridad jurídica y uniformidad entre los Estados adherentes de un nivel mínimo de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, sería erróneo, e incluso contrario a estas premisas, creer que el CEDH ha convertido a los operadores jurídicos nacionales, y principalmente a los

jueces ordinarios, en receptores pasivos de una orden exegética impartida en las sentencias judiciales, cualesquiera que sean las condiciones en que se produzca.

El juez nacional no puede despojarse de la función que le asigna el art. 101, apartado segundo, de la Constitución, que «expresa la necesidad de que el juez no reciba indicaciones sobre las reglas que han de aplicarse en el juicio, salvo lo previsto en la ley, y que ninguna otra autoridad puede por tanto darle órdenes o sugerencias sobre la forma en la que juzgar la contienda» (sentencia n° 40 de 1964; posteriormente, sentencia n° 234 de 1976), y esto también se aplica a las normas del CEDH, que han tenido entrada en el ordenamiento a través de una ley».

En esta primera parte, la Corte excluye la prevalencia del CEDH sobre la *Norma Normarum*, cuya superioridad jerárquica, por tanto, permanece inalterada. Aunque haya que reconocérsele esas *funciones interpretativas eminentes*, las sentencias de Estrasburgo no vinculan al órgano judicial nacional, si bien existe un matiz fundamental que acto seguido pone de manifiesto el Tribunal: «el juez no podrá negarse a cumplir la decisión del Tribunal de Estrasburgo que haya resuelto la contienda sometida nuevamente al juez nacional con el fin de que se eliminen los efectos derivados de la violación cuya existencia se ha declarado por el TEDH»³⁷. En el caso de las decisiones de los Comités, se ha razonado anteriormente acerca del hecho de que, cuando dichos órganos declaran la existencia de una violación por parte de un Estado que se ha visto involucrado en el marco de un procedimiento de comunicación individual, éste tiene la obligación de poner remedio a ello por así exigirlo el deber de actuar conforme con la buena fe.

A la vista de todo lo anterior, la cuestión que ahora nos proponemos abordar es si los dictámenes pueden determinar por sí mismos que se aprecie la existencia de responsabilidad patrimonial o, en otras palabras, que concurra un *danno ingiusto* que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, tal y como exige la normativa italiana sobre el particular.

37. Aún en este caso, hay que dejar claro que, si bien se reconoce la obligación del órgano judicial nacional de eliminar las consecuencias derivadas de la violación declarada por el Juez de Estrasburgo, cuando dicha violación derive de una norma con rango de ley, contrariamente a lo que acontece en el caso de las violaciones del Derecho de la UE, el Juez nacional no puede inaplicar la norma nacional contraria al CEDH, por lo que necesariamente habría que plantear una cuestión de legitimidad constitucional, solicitando al Juez de la Constitución que se pronuncie acerca de la compatibilidad de la norma enjuiciada con la obligación recogida en el artículo 117 de la Constitución a la que ya nos hemos referido. Evidentemente, si esta es la solución que se acoge para el caso del TEDH, idéntica debería ser la conclusión alcanzada para el caso de las violaciones detectadas por los Comités analizados, precisamente a razón de los efectos atribuidos a sus dictámenes [Véase, acerca de este punto, CONFORTI, B. y IOVANE, M. (2021): *Diritto internazionale* (XII ed.), Nápoles: Editoriale Scientifica, p. 124] Ello implica, por tanto, que aun cuando el Comité detectara que por parte del Estado se ha perpetrado una violación cuyo origen se halla en una norma con rango de ley, en sede judicial, el Juez o Tribunal nacional en ningún caso podría proceder a su inaplicación, debiendo solicitar el oportuno pronunciamiento de la *Corte Costituzionale*.

Pero antes de entrar in *medias res*, creemos oportuno aclarar que, aunque el cauce a seguir para obtener la reparación de los perjuicios sufrido nos parece que haya que coincidir con la responsabilidad patrimonial, sus trámites varían en función de que la violación le sea imputable al Estado —dimanante, por ejemplo, de una actividad legislativa contraria a los derechos humanos—, a la Administración —ligada a una actuación de ésta que merme alguno de los derechos garantizados en los tratados objeto del presente estudio— o al Juez —cuando deriva de una resolución o actuación judicial—. Por ello, se ha decidido analizar a continuación de manera separada cada uno de estos supuestos. El esquema es análogo al que se sigue en el caso de la violación del Derecho nacional o del Derecho de la Unión Europea.

1. La responsabilidad del Estado Legislador

El primer problema al que nos enfrentamos en este caso estriba en que, contrariamente a lo que acontece en el caso del Derecho español, el ordenamiento italiano no reconoce la existencia de un derecho del ciudadano a que la *potestas* legislativa sea ejercitada conforme con la Constitución, y ello pese a que, el artículo 117.1 Cost. consagra que dicha potestad será ejercida *nel rispetto della Costituzione*. Se excluye, por tanto, que el ciudadano goce de algún derecho o interés legítimo en ese sentido. Como consecuencia de lo anterior, no se admite que el particular pueda pedir que se declare la responsabilidad del Estado por violación de la Constitución ni que pueda obtener la reparación del daño en su caso sufrido a consecuencia de dicha violación. Rige, en efecto, el paradigma de matriz anglosajona, en virtud del cual *the King can do no wrong*, bajo la convicción de que «admitir la responsabilidad por la actividad legislativa del Estado significaría, por un lado, atribuir al poder judicial el poder de revisar los fines absolutamente libres del legislador y, por otro, hacer pender sobre el Estado la «espada de Damocles» de la condena a la reparación de los perjuicios ocasionados», lo que podría traducirse en una limitación de un poder que, en cambio, «es libre por excelencia»³⁸.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria se han mantenido firmes sobre este punto, si bien no han faltado intentos para tratar de dar un vuelco a esa postura prácticamente monolítica. Podemos citar, a este respecto, la *questione di legittimità costituzionale* (cuestión de inconstitucionalidad), planteada por el TAR de Marche a través de la ordenanza de remisión núm. 7/2022 y relativa a los servicios ofrecidos por farmacias y parafarmacias a razón de la crisis sanitaria provocada por la SARSCoV-2. El Tribunal sostiene que la eventual inconstitucionalidad de las normas cuestionadas daría lugar a la existencia de

38. CAPUTO, M. (2016), «La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste», *iurisprudenzia.it*. Puede accederes al texto del artículo a través del siguiente enlace: [http://: www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it) Último acceso: 15/05/2023.

«responsabilidad extracontractual [...] imputable también y especialmente al legislador estatal»³⁹. Sin embargo, en la sucesiva sentencia 171/2022, de 8 de julio, el Juez de la Constitución italiano ha preferido no tomar cartas en el asunto, afirmando que no le competen a la Corte «las valoraciones pronósticas por parte del juez remitente en cuanto a las consecuencias de la eventual declaración de ilegitimidad constitucional» acerca de la posible existencia de responsabilidad patrimonial del legislador (FD 3.4).

De cualquier manera, lo que sí queda claro es que, el régimen por el que se ha tratado de encauzar la responsabilidad del Estado derivada de la actividad del Legislador por violación del Derecho nacional es el de la responsabilidad aquiliana recogido en el artículo 2043 del Codice Civile, en cuya virtud «cualquier hecho doloso o culpable que cause un daño injusto a otro, obliga a quien lo cometió a resarcir el daño». La formulación del precepto es tan amplia, ya que se refiere a «cualquier hecho», hasta el punto de que, según una parte de la doctrina no existiría óbice alguno para incluir también la actuación del Estado *nell'esercizio delle funzioni sovrane*⁴⁰.

Ese régimen general que acabamos de resumir y que, por regla general, parece excluir la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la actividad legislativa no está exento de excepciones. Una de ellas está representada por la posibilidad de obtener la reparación del daño provocado por la actividad del legislador contrastante con el Derecho de la Unión Europea. Como es sabido, desde la sentencia *Francovich y Bonifaci* (1991), dictada precisamente tras las cuestiones prejudiciales planteadas por dos pretores italianos (de Vicenza y Bassano del Grappa), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció por primera vez acerca de la necesidad de garantizar que el particular pudiera ver reparados los perjuicios causados por la violación del Derecho comunitario imputable al legislador. En efecto, de negarse dicha reparación, «la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada» (§33), por lo que «el Derecho

39. En lo que respecta a la doctrina, podemos citar, *ex multis* y a título ejemplificativo a CICCARIELLO, F. quien sostiene reconocer absoluta discrecionalidad al legislador en el ejercicio de la actividad legislativa, sería absolutamente incompatible con un ordenamiento a «*Costituzione rigida*» como el italiano.

CICCARIELLO, F. (2018), «La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti», *Judicium*, disponible al siguiente enlace <https://www.judicium.it>. Último acceso: 27/12/2022.

Y en la misma línea *vid.* SERRA, G. (2022), «Cenni in tema di responsabilità del legislatore per adozione di legge incostituzionale. Note a margine dell'ordinanza T.A.R. per le Marche», *Federalismi.it*, 12, pp. 273-286. Para el texto completo: <https://www.federalismi.it> Última consulta: 1/04/2023; A. PIZZORUSSO (2003), «La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia». *Il Foro Italiano*, 9, pp. 175-184. Aun admitiendo la existencia de la responsabilidad del Estado por inconstitucionalidad, el autor matiza que no en todo caso una vulneración de la Constitución por parte del legislador conllevará la procedencia de una indemnización para la víctima, sino que será necesario acreditar la existencia de un daño respecto al que exista un nexo de causalidad con esa vulneración y que dicho daño pueda considerarse antijurídico. L. VIZZONI (2018), «L'illecito costituzionale del legislatore (muovendo dalle riflessioni di Enzo Roppo)», *Juscivile*, pp. 260-270.

40. Entre otros, FRANCHINA, A. (2021), «La responsabilità civile dello Stato nella violazione dei diritti fondamentali», *Riv. Cammino Diritto*, 07.

comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables» (§37), tratándose además de «un principio inherente al sistema del Tratado» (§35).

Tras *Francovich* (1991), se ha abierto un intenso debate en el marco de la jurisprudencia italiana, protagonizado por la Corte di Cassazione. Mientras en un primer momento la violación del Derecho de la UE se consideraba subsumible bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual regulado en el artículo 2043 del Código Civil italiano⁴¹, posteriormente, tras la importante sentencia de las Sezioni Unite n. 9147 de 2009, la Sala italiana consideró la obligación de reparar el daño que le incumbe al Estado como existente *ex lege* atribuyéndole «natura indennitaria per attività non antiggiuridica», puesto que «la conducta del legislador es susceptible de ser calificada de antijurídica dentro del ordenamiento comunitario, pero no de en el ordenamiento interno, según los principios fundamentales que se evidencian en la propia Constitución». Por tanto, puesto que, como se decía anteriormente, el Derecho italiano no contempla la existencia de una responsabilidad derivada de la actividad del legislador, la infracción del Derecho comunitario podía considerarse antijurídica únicamente desde el punto de vista del Derecho supranacional, siendo aplicable el régimen previsto en el artículo 1173 del Codice Civile, según el que «las obligaciones derivan de un contrato, de un acto ilícito, o de cualquier otro acto o hecho apto para producir las de conformidad con el ordenamiento jurídico».

Las múltiples críticas y la incertidumbre jurídica, motivaron un *overruling* de la *Corte di Cassazione*, que, con las sentencias de la Sección III, n. 10813, n. 17350 e n. 17868, todas ellas de 2011, aclaró que en algún modo se pretendía excluir el carácter antijurídico del daño ni por ende de la vulneración del Derecho de la UE, sino que ésta «debe considerarse en su contexto como un «hecho» generador de una obligación y, por tanto, de una consecuencia negativa para el Estado», reconociéndose, por tanto, la antijuridicidad *in re ipsa* de la actuación del legislador. Cierto es que, en pronunciamientos sucesivos (por todos, podemos citar el Auto n. 8889/2020, de 13 mayo de la Sección III), el Tribunal ha ido recuperando la postura mantenida en citada la sentencia n. 9147. De cualquier manera y en lo que nos interesa, la idea principal sobre la que creemos oportuno hacer hincapié es que, pese a los matices expuestos, el Derecho italiano sí admite la posibilidad de obtener la reparación del daño derivado de la violación por parte del legislador del Derecho de la UE⁴².

41. Sent. III Sez. Civile *Corte di Cassazione*, de 16 de mayo de 2003 n. 7630.

42. Para profundizar en esta materia, *vid.*: FUMAGALLI, L. (2000), «Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati», *Studium Iuris*, 11, pp. 1198 - 1208; SCODITTI, E. (2003), «Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria», *Danno e responsabilità*, 7, pp. 718 - 727; del mismo autor (2004), «Francovich presa sul serio»: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale», *Foro It.*, pp. 4 - 7; POTO, M. (2003), «La responsabilità dello Stato legislatore: la Cassazione a confronto», *Responsabilità civile e previdenza*, 6, pp. 1363 -

De cara a la cuestión que nos ocupa, nos parece interesante explorar la posibilidad de que la reparación de la violación de los derechos humanos detectada por los Comité pueda encauzarse a través de ese régimen previsto en el artículo 1173 del Codice Civile, al que hemos hecho referencia, esto es, considerándola como una obligación existente *ex lege* y de carácter indemnizatorio, al igual que se había planteado en su momento para los daños derivados de las violaciones comunitarias. La jurisprudencia mayoritaria italiana, sostiene que este régimen resulta de aplicación en el caso de aquellas relaciones jurídicas denominadas *ad obbligazioni senza prestazione*, esto es, aquellas que se originan a consecuencia de los deberes de actuar conforme *con la correttezza y con la buona fede oggettiva*, a las que aluden los artículos 1175 y 1375 del Código Civil⁴³. Ese mismo deber de actuar conforme con la buena fe, como se ha explicado anteriormente, también ha de regir en las reglas de interpretación de los tratados. Refiriéndose expresamente a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, si bien, en puridad, cabría afirmar lo mismo para cualquiera de los casos objeto de este estudio, según Carpanelli existe ineludiblemente «para los Estados la obligación de cooperar lealmente y de buena fe parte con el Comité»⁴⁴.

Por tanto, aunque los dictámenes no son formalmente *legally binding* para el Estado, lo cierto es que sí lo son las normas de los Convenios que recogen los derechos cuya violación se constata por parte de los Comités y frente a los cuales, por tanto, existe ese ineludible deber de cooperar en buena fe, tal y como consagra también el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y que también abarca a los Protocolos facultativos en cuya virtud se les atribuye la competencia a los órganos de expertos para resolver sobre los procedimientos de comunicación individual.

1370; RAPILLO, A. (2017), «La responsabilità dello Stato italiano per la mancata o tardiva attuazione delle direttive europee», *De Iustitia*, 4, pp. 48 - 70; SORRENTINO, F. (2008), «L'incidenza del diritto comunitario sulle categorie del diritto pubblico», in TIZZANO A., *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino: Giappichelli, pp. 55 - 65, Sciarrino, V. (2012), *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milano: Ipsoa; RIZZA, A. R (2020), «Lesione di diritti e responsabilità da produzione legislativa. Ricostruzione critica del quadro europeo», *Diritto Pubblico*, 3, pp. 831-873, FERRARO F. (2012), *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano: Giuffrè; del mismo autor (2017), «Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione», *DPCE online*, 4, pp. 863-886, disponible al siguiente enlace: <https://www.dpceonline.it> Última consulta: 6/01/2024.

43. Además de la sentencia n. 9174/2009, la *Corte di Cassazione* también reafirma esa tesis en las sentencias n. 5842/2010, de 10 de marzo (Sez. I Civile) y n. 16321/2018, de 21 de junio (Sez. III Civile). En este último pronunciamiento se dice que «la pretensión de indemnización, según el ordenamiento jurídico interno, surge debido a la violación de una obligación prevista *ex lege*, de conformidad con el art. 1173 del Código Civil, con sujeción a las normas en materia de indemnización del daño, entendido éste como consecuencia directa del incumplimiento de dicha obligación, de conformidad con el art. 1223 del Código Civil».

44. CARPANELLI, E. (2019:25).

Según algunos autores italianos, a cuya postura nos adherimos, del precepto mencionado derivaría para el Estado la obligación de tener en cuenta las opiniones del órgano encargado de la interpretación de los tratados y aunque no se reconozca la existencia de un *vincolo di conformarsi* a su contenido, sí determina el *onus* de motivar cualquier decisión estatal de prescindir de las mismas⁴⁵. Ello implica que, en el caso de un procedimiento encaminado a la obtención de la reparación de los perjuicios causados por una violación de los derechos humanos sobre la base del dictamen de alguno de los *Treaty bodies* analizados, el órgano competente para su resolución tendría que motivar las razones por las que se aparta de lo resuelto por el Comité.

Por tanto, en algún modo queremos sostener que tras el dictamen o decisión de alguno de los órganos de los tratados surja en automático el derecho a la reparación del daño por parte del Estado, pero sí creemos que hayan de ser tenidos en cuenta.

A este planteamiento cabría objetar que el particular no puede considerarse destinatario de ese *duty to cooperate* que le incumbe al Estado, por lo que no tendría algún derecho de reparación de los perjuicios en su caso sufridos. No obstante, como recuerda Pustorino, no hay que olvidar que, en el caso de los tratados sobre derechos humanos, su objetivo no consiste en garantizar la protección de los Estados ni de sus intereses, sino en brindar una serie de derechos y libertades que les pertenecen a los individuos, quienes deben considerarse, por tanto, los verdaderos beneficiarios de los derechos consagrados en dichos tratados⁴⁶. Así, es indudable que, en el marco de aquellos mecanismos encaminados a la tutela de los derechos humanos, como es el caso, el particular deviene titular de una posición jurídica subjetiva que también debería poder hacer valer en contra del Estado infractor⁴⁷.

En resumen, aunque se excluya su valor *legally binding*, en virtud de esa *autorevolezza* que sí se les reconoce, entendemos que los dictámenes representan en todo caso un elemento a tener en cuenta en el marco del procedimiento encaminado a la declaración de la responsabilidad del Estado legislador, en la medida en que evidencian la posible ilicitud de la conducta del Estado desde el punto de vista del sistema de los tratados que nos ocupan.

45. MOLA, L. (2022), *La Carta Sociale Europea e il controllo internazionale sulla sua applicazione*, Torino: Giappichelli, p. 208.

46. PUSTORINO, P. (2020), *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari: Caucci Editore, p. 35.

47. A este respecto, MARCHESI (2021: 25 y ss.) señala que la consideración del individuo como sujeto titular de derechos se debe a que las normas de las que derivan los derechos humanos no pueden considerarse como normas internacionales propiamente dichas. En efecto, en el marco de los procedimientos de tutela como los que nos ocupan y en el seno de cada uno de los órganos que los gestionan, se crea lo que el autor define un «ambiente interindividuale». Los individuos, en efecto, asumen el papel de sujetos de derechos en los ordenamientos propios de cada uno de esos mecanismos de garantía de los derechos humanos, adquiriendo, la que se puede definir como *soggettività da diritto internazionale*.

Otro supuesto que creemos de interés para este estudio es el de las consecuencias derivadas para el Estado en el caso de una violación de los Derechos fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En lo que respecta a las partes en el procedimiento seguido ante el Juez de Estrasburgo, como es sabido, sus sentencias imponen al Estado infractor la obligación de reparar la violación sufrida por parte de la víctima, garantizando la *restitutio in integrum*, esto es, restableciéndola en la integridad de su derecho, previéndose solo con carácter subsidiario, conforme con lo previsto en el artículo 41 del CEDH, que, si el Derecho interno del Estado infractor no permite reparar íntegramente las consecuencias de la violación declarada por el Tribunal de Estrasburgo, entonces se concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. En cuanto a esta última, nos parece interesante destacar que el *Consiglio di Stato*, en su sentencia núm. 2866 de 11 de junio de 2015, en el que se pretendía la ejecución de un pronunciamiento del TEDH en el que se condenaba al Estado italiano al pago de una satisfacción equitativa de 47.740.000 euros, ha excluido que dicha resolución pudiera considerarse como título ejecutivo en el marco de un procedimiento de ejecución (o, *giudizio di ottemperanza* según el Derecho italiano)⁴⁸, para obtener por parte del Estado el pago de la suma indicada.

48. Para entender cuáles son los elementos esenciales de la *ottemperanza*, hemos de acudir al artículo 112 del *Codice del Processo Amministrativo*, aprobado por Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010, n. 104, rubricado «*Disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza*» y que comienza afirmando que las decisiones del juez administrativo han de ser ejecutadas por la administración pública y las demás partes, aclarando acto seguido que la *ottemperanza* podrá ejercerse para lograr el cumplimiento:

- a) de las sentencias del juez que hayan adquirido firmeza;
- b) de las sentencias ejecutivas y otras medidas ejecutivas;
- c) de las sentencias que hayan adquirido firmeza y de otras resoluciones equivalentes a las mismas dictadas por el juez ordinario, para obligar a la administración a conformarse a la cosa juzgada.
- d) de las sentencias firmes y demás resoluciones equivalentes para las cuales no se prevea expresamente la posibilidad de actuar en vía de *ottemperanza*, para obligar a la administración a cumplir la decisión;
- e) de los laudos arbitrales ejecutivos frente a los cuales no quepa impugnación alguna, para obligar a la administración su cumplimiento.

También podrá recurrirse a la *ottemperanza* para obtener el el pago los intereses devengados después de que la sentencia haya devenido firme, así como para la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la imposible o incorrecta ejecución total o parcial del fallo o por su incumplimiento o elusión. Finalmente, cabrá acudir a la *ottemperanza* también para obtener aclaraciones acerca de las medidas necesarias para dar cumplimiento al *decisum judicial*. Resumiendo, la finalidad de la *ottemperanza* es la de permitir que la parte vencedora pueda obtener el cumplimiento del fallo por parte de la Administración. Se suele afirmar que se trata de un *giudizio di natura mista di esecuzione e di cognizione*, en la medida en que, en muchos casos el *decisum* no acota completamente la actuación que la Administración ha de llevar a cabo para su cumplimiento. Por lo que le incumbe al Juez competente para el procedimiento dirigido a la *ottemperanza* completar el *decisum* sin alterarle, esto es, permaneciendo vinculado a lo resuelto en la *sentenza di merito*. Ello hace que se suela definir la *res iudicata* administrativa como *giudicato a formazione progressiva*. Para profundizar el estudio de esta figura, nos remitimos, entre muchos otros, a SANNINO, M. (2014), *Il*

Más allá de las cuestiones acerca de la idoneidad de la *ottemperanza* como medio para llevar a puro y debido efecto las sentencias del Juez de Estrasburgo, creemos relevante hacer hincapié en las razones esgrimidas por el Tribunal italiano recogidas en el Fundamento de Derecho tercero en el que se cita también la jurisprudencia más relevante sobre el particular:

«La autonomía del sistema, pero no su carácter excepcional, dado que la ejecución de sus sentencias mediante el cumplimiento espontáneo por parte de los Estados es el módulo operativo típico de las jurisdicciones internacionales, es reiterada por la jurisprudencia nacional, ya sea constitucional (donde expresamente se ha señalado que las normas del CEDH «vinculan al Estado, pero no producen efectos directos en el orden interno» —sentencias n° 348 y n° 349 de 2007— afirmación confirmada incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa —sentencia n° 80 de 2011— y que las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son vinculantes sólo a nivel internacional —sentencia n° 129 de 2008, sobre la falta de instrumentos en el ordenamiento jurídico nacional destinados a garantizar la eficacia del citado artículo 46 de Convenio Europeo de Derechos Humanos), civil (las Secciones Unidas de la Corte di Cassazione han señalado que «las sentencias definitivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con las que se comprueban y declaran violaciones del Convenio y/o de sus Protocolos, no afectan directamente al ordenamiento jurídico del Estado demandado, sino que solo le obligan, a cumplir desde el punto de vista del derecho internacional, auto de 16 de mayo de 2013, n. 11826) y administrativa («las decisiones del Tribunal Europeo no son comparables a un título ejecutivo judicial susceptible de ejecución forzosa contra el Estado condenado por el Tribunal, ya que ninguna disposición del Convenio prevé mecanismos directos de ejecución de tales decisiones. En otras palabras, las mismas crean vínculos obligatorios entre los Estados miembros y no generan obligaciones frente a los recurrentes vencedores, lo que entraría en conflicto con la letra del Convenio y los principios comunes del derecho internacional reconocidos por los Estados parte».

Hemos considerado oportuno traer a colación esa jurisprudencia porque, al afirmar que las sentencias del TEDH no inciden directamente en el ordenamiento del Estado, vinculándole jurídicamente únicamente desde el punto de vista

giudizio di ottemperanza, Torino: Giappichelli; DE GIORGI, M. (2016), *Il giudizio di ottemperanza*, Milano: Key Editore; COCOZZA, G. (2011), «Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo», *Diritto Processuale Amministrativo*, 2011, p. 1321 y ss.; CARBONE, A. (2012), *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino: Giappichelli. FERRARA, L. (2013), «Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere», *Diritto Processuale Amministrativo*, pp. 617 y ss.; TARULLO, S. (2014), «Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo», SCOCA, F. G. (coord.), *Giustizia amministrativa*, Torino: Giappichelli; MARI, G. (2013), «Il giudizio di ottemperanza», Sandulli, M.A. (coord.), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano: Giuffrè, pp. 457 y ss.; MANGANARO, F. (2018), «Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacuna dell'accertamento», in *Diritto processuale amministrativo* 2018, 2, pp. 534 y ss.

del Derecho internacional, se incide directamente en la posibilidad de fundar la responsabilidad del Estado legislador en los dictámenes de los Comités, ya que, si ni tan siquiera la sentencia del Tribunal de Estrasburgo dictada contra el Estado se considera relevante para el ordenamiento interno, desde luego la situación se complica para el caso de esas decisiones cuyo carácter vinculante, como se ha explicado, queda en entredicho, ciñéndose su autoridad al plano ético moral.

Desde luego, este recelo del Derecho italiano hacia el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho internacional no debe sorprender, especialmente si tenemos en cuenta que, mientras con la reforma del año 2015, llevada a cabo por la ley Orgánica 7/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, en el ordenamiento español se había introducido una nueva causa de revisión de sentencias fundada en la existencia de un pronunciamiento del TEDH, también en los procesos civiles y administrativos, todo ello con base en la Recomendación del 19 de enero de 2000 del Comité de Ministros, en su sentencia n. 123 del 2017, la *Corte Costituzionale* seguía rechazando la existencia de una obligación de reabrir aquellos juicios de naturaleza no penal, afirmando que el TEDH

«ha afirmado sistemáticamente que, en principio, no le corresponde indicar las medidas encaminadas a concretar la *restitutio in integrum* ni las medidas generales necesarias para poner fin a la violación convencional, siendo los Estados libres de elegir los medios para cumplir dicha obligación, siempre que sea compatibles con las conclusiones contenidas en sus sentencias».

Así, aun reconociendo que la reapertura del procedimiento o el reexamen de la contienda «representan, en principio, la manera más adecuada para garantizar la *restitutio in integrum*», los Jueces de la Constitución inciden en que se trata de una herramienta utilizable únicamente en el caso de aquellos estados «cuyos ordenamientos internos ya prevén, para el caso de violaciones de normas convencionales, herramientas aptas para la revisión de las sentencias». Por lo que, teniendo en cuenta que el Derecho italiano no prevé hoy en día algún cauce para ello, se concluye que

«en materias distintas de la penal, la jurisprudencia convencional no revela actualmente la existencia de una obligación general de adoptar la medida de reapertura del proceso, y que la decisión de preverla queda en manos de los Estados, a los que, además, se les invita a hacerlo, aunque prestando la debida atención a los diversos y conflictivos intereses en juego».

Se trata de una sentencia muy criticada por parte de la doctrina, en la medida en que no solo pretende de manera encubierta eludir la obligación de acatar los pronunciamientos del Juez de Estrasburgo y de garantizar la *restitutio in integrum* a la víctima de la violación de los derechos humanos por parte del

Estado⁴⁹, sino que también deja al margen el deber que le incumbe al Estado de actuar de conformidad con los *obblighi internazionali*, al que se refiere el artículo 117.1 de la Constitución y sobre el que nos hemos detenido anteriormente.

Si bien la que acabamos de exponer representa la postura mayoritariamente acogida por la jurisprudencia, nos parece interesante destacar una corriente que se ha abierto el paso en la jurisprudencia penal, relacionada con los remedios introducidos por el Decreto Ley de 26 de junio de 2014, n. 92, convertido por la Ley de 11 de agosto 2014, n. 117 en la Ley 26 julio 1975, n. 354 sobre el ordenamiento penitenciario, recogidos en el artículo 35 *ter*. Dicha norma, rubricada «Remedios indemnizatorios resultantes de la violación del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales respecto de sujetos detenidos o internados», se introdujo en la Ley referida a raíz de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, recaída en el asunto *Torreggiani contra Italia* (demandas núm. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), en la que se declaró la violación del artículo 3 del CEDH por las condiciones de las cárceles nacionales, debido a la ausencia de espacio suficiente para que los detenidos pudieran cumplir su pena de manera adecuada, condenándose al Estado a «establecer un recurso interno efectivo o un conjunto de recursos capaces de proporcionar una reparación adecuada y suficiente en caso de hacinamiento carcelario, y ello de conformidad con los principios de la Convención establecidos en la jurisprudencia del Tribunal»⁵⁰.

La jurisprudencia nacional de la que es expresión el decreto de 6 de mayo de 2015, del Tribunal de Palermo (Ponente: Trombetta), adscribe al régimen del *contatto sociale qualificato*, los remedios regulados en el artículo 35 *ter*. La consideración de dicha responsabilidad como derivada de *contatto sociale* se basa en la ausencia de un verdadero contrato entre el detenido y el centro peniten-

49. *Ex multis, vid.* PETRALIA, G.V.A (2017), «Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017» *Rivista AIC*, 4; PIRRONE, P. (2018), «Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrativa. La sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2, pp. 515-546; NARDOCCI C. (2018), «Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale», *Federalismi.it*, 2, texto disponible al siguiente enlace <https://www.digies.unirc.it/> (Última consulta: 20/5/2024); GALLACCIO, S. (2019), «Gli ultimi interventi della Corte costituzionale in tema di revocazione di sentenze amministrative e civili in contrasto con una successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», *Amministrazione in cammino*, 3 giugno.

50. En concreto, el apartado primero prevé una reducción de un día de pena por cada diez días en los que el detenido haya estado encarcelado en condiciones que vulneran el artículo 3 del CEDH, siempre que se trate de un periodo no inferior a quince días. Los restantes apartados recogen todos ellos, si bien con distintos requisitos, la posibilidad de obtener una indemnización correspondiente a 8 euros diarios en aquellos casos en los que, pese al haberse vulnerado el artículo 3 del CEDH, no procede la sustitución de la pena de prisión.

ciario⁵¹. El Tribunal de Palermo considera en ese sentido que el artículo 3 de la CEDU constituye la fuente de una serie de obligaciones que le incumben al Estado y que consisten en garantizar que cada detenido cumpla su condena en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que la ejecución de la pena, entre otras cosas, no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la encarcelación y que se garanticen adecuadamente la salud y el bienestar del detenido.

Por tanto, entiende el juzgador que, según el artículo 1173 de Codice Civile, «nace, a favor de aquellos que se encuentran en los supuestos predeterminados por la ley y que entran «en contacto» con la actividad de ese sujeto (esto es, de la Administración gestora del centro penitenciario), un derecho específico al crédito por la prestación de *facere*». La base jurídica en la que el Tribunal funda su razonamiento es análoga a la de la *Corte di Cassazione* en el caso de la responsabilidad por la violación del Derecho de la UE a la que hemos hecho referencia anteriormente y que, como se ha razonado, nos parece un cauce interesante para que pueda plantearse la existencia de responsabilidad del Estado con base en los dictámenes y decisiones de los Comités. Ya hemos dicho en múltiples ocasiones que los mismos no son *legally binding* pero sí lo son los Convenios cuya violación se detecta, los cuales, al igual que el artículo 3 del CEDH al que se refiere el Tribunal de Palermo, constituyen la fuente de una serie de obligaciones, entre otras, la de garantizar los derechos consagrados por los Convenios de los que el Estado forma parte.

2. La responsabilidad de la Administración

El Derecho italiano reconduce la responsabilidad de la Administración derivada del ejercicio ilegítimo del poder y al esquema de la responsabilidad aquiliana, cuya regulación, como hemos indicado, se halla en el citado artículo 2043 del Codice Civile.

51. Como recuerda MASIERI C. [(2015) «La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito», *Diritto Penale Contemporaneo*, revista online accesible a través del siguiente enlace: https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1437516245MASIERI%202015_b.pdf] la doctrina italiana tradicional considera que la fuente de la obligación «*da contatto sociale*» deriva de la denominada «*coscienza sociale*», que impondría a los profesionales la obligación de desarrollar la prestación les corresponde con diligencia y cura de los intereses ajenos que guarden relación con dicha prestación. Se trataría, pues, de un «*atto o fatto idóneo*» al nacimiento de una obligación, según lo previsto en el artículo 1173 del *Codice Civile*, frente a la cual el tercero (o, mejor dicho, el beneficiario de la prestación) únicamente tendría derecho a que la prestación se desarrolle con la diligencia debida. A este esquema la doctrina y la jurisprudencia han ido reconduciendo, por ejemplo, la responsabilidad de los médicos dependientes de hospitales públicos y, como hemos visto, aunque no se trata, claro está, de la relación existente entre un particular y un profesional, también las pretensiones indemnizatorias derivadas de la violación del Derecho de la UE por parte del Estado legislador.

De la letra de dicha norma, se desprende que, para que pueda existir la responsabilidad de la Administración, es necesario que el daño exista, que concurra un nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño, así como el elemento subjetivo de la culpa, puesto que solo serán indemnizables aquellos daños que se hayan producido por hechos considerados dolosos o culpables, tal y como exige el precepto que acabamos de mencionar.

En cuanto a la existencia del daño, creemos oportuno hacer mención de la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia del *Consiglio di Stato* (Secc. VI) núm. 6656 de 5 de julio de 2023, en la que la Sala italiana se pronuncia acerca de la prueba de la existencia del daño cuando se alegue la lesión de un interés legítimo. Tras recordar la sentencia de las *Sezioni Unite Civili* n. 500 de 1999, tras la cual se declaró por primera vez la posibilidad de ver reparadas las lesiones de los intereses legítimos, además de las que se hayan producido a los derechos subjetivos de los que goce el particular, el Tribunal sostiene que la reparación de los perjuicios sufridos es posible solo si la actuación ilegítima de la Administración «haya provocado un daño al bien al que está efectivamente vinculado el interés legítimo, según la naturaleza concreta de su contenido, y que se considera digno de protección». El daño, por tanto, asume un papel central y su reparación cabe solo si éste es antijurídico, lo que acontece cuando se vulnera, a consecuencia de la actividad ilegítima y culpable de la Administración pública, el *bene della vita* que el particular persigue. En efecto, «solo el daño al bien [...] hace que el daño derivado de la actuación ilegítima y culpable de la Administración pueda considerarse «injusto» y por ende, indemnizable». La lesión del interés legítimo, en definitiva, no es suficiente por sí sola para que surja el derecho a la reparación del daño, sino que es imprescindible que esa lesión proyecte sobre el *bene della vita* al que el interés legítimo se conecta.

En lo que respecta al nexo de causalidad o *causalità materiale*, se trata de acreditar que el daño haya sido efectivamente ocasionado por una actuación ilegítima de la Administración⁵².

Por último, por lo que atañe elemento subjetivo, según la jurisprudencia mayoritaria, cabe sostener que la actuación de la Administración es culpable, entre otras cosas, cuando vulnera las reglas de imparcialidad, lealtad y buena administración, o también si se considera negligente o incurre en omisiones o errores interpretativos que no cabe considerar como excusables⁵³. Se ha sostenido, en resumen, que existe una actuación culpable cuando se pone de manifiesto la negligencia de la Administración en la adopción del acto viciado.

Si bien, como se acaba de decir, para la reparación del daño es necesario que concurren todos los requisitos expresados, el *Consiglio di Stato* ha moderado ese *onus probandi* que le incumbe al administrado en lo que respecta precisamente al elemento de la culpa. Así, en su sentencia núm. 3664 del 12 de abril

52. Sentencia del *Consiglio di Stato*, Secc. II, núm. 3318/2020, de 25 de mayo.

53. Entre muchas otras, podemos citar la sentencia del *Consiglio di Stato*, Sec. III, de 15 de mayo de 2018, n. 2882.

de 2023, dictada por la Secc. III, la Sala italiana aclara que en el marco del procedimiento encaminado a la reparación de los daños resultantes de un acto administrativo ilegítimo, el particular perjudicado puede limitarse a invocar dicha ilegitimidad como indicio presuntivo de culpabilidad de la Administración, correspondiéndole a ésta demostrar que se trató de un error excusable derivado de la existencia de conflictos jurisprudenciales, de la incertidumbre del marco normativo de referencia o de la particular complejidad de la situación fáctica, o incluso por el comportamiento de las partes en el procedimiento. Con base en lo anterior, el *Consiglio di Stato* concluye que:

«En caso de clara ilegitimidad de un acto administrativo causante de daños, el particular no está obligado a realizar un especial esfuerzo probatorio en cuanto al elemento subjetivo de la responsabilidad; puede, en efecto, limitarse a alegar la ilegitimidad del acto, debiendo remitirse, a los efectos de probar ese elemento subjetivo, a las reglas de la experiencia común y de la presunción simple a que se refiere el art. 2727 del Código Civil, mientras corresponde a la Administración Pública demostrar que ha cometido un error excusable».

Nos parece especialmente relevante este último aspecto de cara a la cuestión que nos ocupa en la medida en que cabe preguntarse si el dictamen emitido por alguno de los órganos de expertos puede considerarse idóneo para que opere la presunción recogida en el artículo 2727 del *Codice Civile*, en cuya virtud, «las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez deduce de un hecho conocido para llegar a entender un hecho desconocido». En ese caso, sería suficiente que el particular se limitara a alegar la ilegitimidad de la actuación administrativa enjuiciada, desplazando a la Administración la carga de desvirtuar dicha presunción.

Como hemos venido manteniendo hasta el momento, claro está que, de reconocer a los dictámenes eficacia jurídica vinculante, tendríamos que contestar de manera afirmativa a la pregunta que planteamos, por lo que, reconocida la vulneración de alguno de los derechos humanos, la ilegitimidad de la actuación administrativa quedaría *accertata* y, por tanto, la culpabilidad habría que considerarse acreditada. Pero no solo ello, sino que la valoración del Comité también debería ser suficiente para probar los demás elementos necesarios a efectos de indemnización. La constatación de la violación, en efecto, llevaría aparejada la antijuridicidad del daño y también la existencia del nexo causal. De esa forma, la presunción simple a la que alude el artículo 2727 del *Codice Civile* en la práctica, se acabaría convirtiendo en una presunción *iuris et de iure*. En esa tesitura, parece coherente que las medidas concretas a adoptar para reparar el daño deberían coincidir con las expresadas por el Comité, por lo que, en definitiva, el procedimiento encaminado a la declaración de la responsabilidad patrimonial y consiguiente reparación del daño por parte de la Administración se acabaría reduciendo *de facto* a la mera ejecución del dictamen.

Las cosas cambian si, al contrario, nos mantenemos firmes en que el único vínculo que dimana de las decisiones de los Comités tiene meramente naturale-

za ético-moral. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 2727 del Codice Civile anteriormente citado, y que no es necesario que exista un vínculo de necesidad causal absoluta y exclusiva entre el hecho conocido y el hecho desconocido, siendo suficiente que el hecho a probar pueda deducirse del hecho conocido como una consecuencia razonablemente posible, según un criterio razonable, puesto que «la deducción lógica es una forma de valoración que, como tal, debe ser muy probable pero no objetivamente irrefutable»⁵⁴. Con apoyo en esta jurisprudencia, creemos posible sostener que, también en este segundo supuesto, la vulneración reconocida por el Comité pueda considerarse como indicio de ilegitimidad de la actuación administrativa. No cabe duda, en efecto, que nos encontramos ante un elemento que permite «deducir un hecho desconocido», conforme con el artículo 2727 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que olvidar que nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*, no operando esas consecuencias *quasi-automática* a las que hacíamos referencia anteriormente, lo que implica que, por tanto, cabe prueba en contra por parte de la Administración. Podrían alegarse, por ejemplo, algunas de las incongruencias que hemos detectado anteriormente con respecto a los procedimientos de comunicación individual seguidos ante el Comité. En definitiva, que el dictamen operaría como un elemento indiciario más, cuya relevancia habría de ser valorada al igual que cualquier otra prueba aportada en el procedimiento nacional.

Nos parece interesante traer a colación un asunto resuelto por la Sezione I Civile del *Tribunale di Roma*, n. 22917/2019 de 14 - 28 noviembre, en la que se reconoce la responsabilidad del Estado y, más concretamente del Consejo de Ministros y del Ministerio de Defensa, ante la violación del derecho de asilo de unos migrantes. En efecto, tras ser rescatados por parte de los militares de la *Marina Militare italiana*, los migrantes fueron repatriados a Libia sin tener siquiera la oportunidad de solicitar asilo a Italia. La oportunidad de hacer referencia a ese pronunciamiento deriva del razonamiento hecho por el Tribunal acerca de la valoración de la conducta de la Administración. Así se hace mención, entre otros, a las *Osservazioni finali Jamahiriya arabo-libica» del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite (15 novembre 2007)* o a algunos *reports* de los Human Rights Watch, considerándose la existencia de los mismos un hecho que «que se considera relevante». Hay que hacerse hincapié en que, al igual que los dictámenes, esas conclusiones tampoco son jurídicamente vinculantes para el Estado desde el punto de vista estrictamente formal. Pese a ello, el Tribunal considera que, ya que las mismas se habían hecho públicas con anterioridad a los hechos objeto de la contienda el Estado italiano y, en concreto el Ministerio de Defensa, conocía —o, por lo menos, habría podido conocer— la situación de Libia y, por ende, la imposibilidad a considerarla un lugar seguro para los migrantes. Así las cosas, la Sala italiana mantiene que no es posible excluir que «la actuación impugnada no sea inculpable y se sustente en el elemento subjetivo

54. *Ordinanza* (Auto) de la Corte di Cassazione civile, núm. 22366 de 5 de agosto de 2021.

(dolo o culpa) exigido por el art. 2043 CC, a los efectos de configurar la responsabilidad extracontractual». Es cierto que en este caso las conclusiones que nos ocupan eran anteriores a los hechos enjuiciados, pero, a nuestro juicio, lo verdaderamente relevante de cara a la cuestión a la que nos enfrentamos es la eficacia que el Tribunal les otorga, ya que, pese a esa falta de vinculación formal a la que hemos hecho referencia anteriormente, se consideran un elemento fundamental y discriminante en el marco del juicio acerca de la valoración de la culpabilidad de la conducta del Ministerio. Como sugeríamos, además, el Juez italiano considera aplicable el artículo 2043 del *Codice Civile* italiano.

Nos parece oportuno destacar que una postura en cierto modo análoga a la que planteamos se ha acogido también por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español, que, en su sentencia núm. 786/2023 de 13 de junio (Ponente Dña. María del Pilar Teso Gamella), tras recalcar que las decisiones de los órganos expertos carecen de eficacia jurídica vinculante, concluye que si con base en las mismas se decide acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial «han de examinarse, en todo caso, si concurren o no los requisitos a cuyo concurso se anuda su procedencia, en los términos que nuestra jurisprudencia viene interpretando».

A la vista de la postura de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria que hemos venido analizando a lo largo de este trabajo, creemos que, en la actualidad, esta postura es la única que puede tener encaje en el ordenamiento italiano, debiéndose excluir que el dictamen implique de manera automática el derecho a la reparación del daño por parte de la Administración.

3. La responsabilidad del Estado - Juez

Las conclusiones a las que hemos llegado anteriormente, en nuestra opinión, también se mantienen cuando se pretende hacer valer la resolución de alguno de los órganos de expertos en el marco de un procedimiento de responsabilidad por actuación del Estado-Juez.

Para conocer su regulación hemos de acudir a la Ley núm. 117 de 13 de abril de 1988, *Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*, conocida como Ley Vassalli, por el nombre de su impulsor, la cual ha sufrido importantes modificaciones tras la reforma operada por la ley núm. 18 de 2015. Lo primero que hemos de tener en cuenta acerca de esta legislación es que la misma resulta de aplicación cuando los daños y perjuicios sufridos por los administrados deriven del ejercicio de la función judicial, los cuales serán reparados por el Estado, que, asume, por tanto, el papel de responsable directo, relegándose a un plano solo subsidiario la responsabilidad personal del juez o magistrado y que únicamente podrá articularse a través de la acción de repetición regulada en el artículo 7 del mismo cuerpo legal. Según dicho precepto, el Presidente del Consejo de Ministros puede y debe ejercer la acción de repetición frente al Magistrado (la norma dice literalmente que el Presidente *ha l'obbligo di agire*) dentro de los dos años siguientes

al momento en el que se haya abonado la indemnización al perjudicado en virtud de un título judicial o extrajudicial, siempre que los daños hayan sido causadas por dolo o negligencia inexcusable.

Tal y como establece el artículo 4.2, el perjudicado, por su parte, solo podrá ejercer la acción encaminada a la obtención de la indemnización cuando se hayan agotado los medios de impugnación ordinaria utilizables frente a la resolución causante del daño y, siempre que no sea posible la modificación o revocación de dicha resolución. La demanda ha de formularse so pena de caducidad a en el plazo de tres años, que se computan desde el momento en el que *l'azione è esperibile*, esto es, que la acción se puede ejercer⁵⁵.

De todo lo anterior, anterior, se deduce que el sistema italiano precluye la acción directa del perjudicado frente al Juez, con la única excepción (prevista en el artículo 13 de la Ley Vassalli) de aquellos casos en los que el daño sea consecuencia de una acción constitutiva de delito del magistrado en el ejercicio de sus funciones, para la cual se establece el derecho a la obtención de una indemnización tanto por parte del magistrado como del Estado. La finalidad de todo el sistema no es otra que salvaguardar la imparcialidad e independencia del poder judicial, consagradas en la Constitución italiana.

Como se ha adelantado, el sistema actual es fruto de importantes cambios llevados a cabo por la reforma de 2015, la cual, a su vez, fue propulsada por la condena al Estado italiano por parte del TJUE en el pronunciamiento recaído en el asunto *Comisión/Italia* (C-379/10), así como por la conocida sentencia *Tragbetti del Mediterraneo* (C-173/03). La jurisprudencia europea, en concreto, había considerado incompatible con el Derecho de la Unión la conocida *clausola di salvaguardia*, recogida en el artículo 2.2 de la Ley Vassalli, cuya originaria redacción excluía *tout court* de los hechos generadores de responsabilidad la actividad de interpretación de normas jurídicas y la de valoración de hechos y pruebas. Tras la reforma, se ha incluido una referencia expresa a la violación del Derecho de la UE, la cual se configura actualmente como una hipótesis de *colpa*

55. Sobre este punto, no podemos evitar citar la sentencia de la *Corte di Cassazione* núm. 26672/2020 del 24 de Noviembre de 2020, que ha zanjado cualquier duda acerca del plazo de ejercicio de la acción, que comienza a correr desde el momento en el que ya no quepa utilizar remedio alguno frente a la resolución judicial causante del daño. En efecto, según el Tribunal, «el apartado final de la norma, que permite la acción de reparación del daño en un plazo determinado, «en todo caso cuando ya no sea posible la modificación o revocación de la resolución», deja claro que su significado no es sino el de subordinar la admisibilidad de la acción al ejercicio previo (no sólo de los recursos, sino de manera más general) de los remedios capaces de eliminar la resolución judicial supuestamente causante del daño». En cuanto a la competencia para conocer de la reclamación en vía judicial, tras la reforma de la Ley n. 18 de 2015, le corresponde al Juez *ordinario* (esto es, de lo civil). Se prescinde, por tanto, del reparto de jurisdicción entre el Juez de lo contencioso y el Juez ordinario en función de la situación jurídica enjuiciada, lo que ha generado importantes críticas por parte de la doctrina. A este propósito, según TRAVI, la atribución de competencias llevada a cabo por la norma referida conlleva que, en el caso del Juez de lo contencioso, el juicio sobre su responsabilidad se lleve a cabo por parte de «un juez que no solo no pertenece a su jurisdicción, sino que tampoco conoce su jurisprudencia». TRAVI, A. (2015), «La responsabilità civile e i giudici amministrativi», AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati* (l. 27 febbraio 2015, n. 28), *in Foro it.*, 2015, p. 340.

grave del juez y, por tanto, idónea para que surja el derecho a la reparación del daño. En concreto, el apartado 3 del precepto mencionado, se ha modificado quedando redactado de la siguiente manera

«constituye culpa grave la violación manifiesta de la ley así como del derecho de la Unión Europea, la tergiversación de los hechos o de las pruebas, o la afirmación de un hecho cuya existencia está indiscutiblemente excluida de los documentos procesales o la negación de un hecho cuya existencia es indiscutible ateniendo a los documentos del proceso, o el dictado de una medida cautelar personal o real fuera de los casos permitidos por la ley o sin motivación».

Asimismo, se ha introducido el apartado 3 *bis* en el que, entre otras cosas, se aclara que a efectos de determinar los casos en los que existe una violación manifiesta de la ley así como del Derecho de la Unión Europea, se tiene en cuenta, en particular, el grado de claridad y precisión de las normas infringidas, así como la inexcusabilidad y gravedad del incumplimiento. En caso de violación manifiesta del Derecho de la Unión Europea, también debe considerarse el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267, párrafo tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como la contradicción del acto o de la disposición con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin perjuicio de lo anterior, de cara al tema central de este estudio, una de las modificaciones más significativas de la reforma ha sido la supresión en el artículo 2 de la limitación relativa al derecho a la reparación únicamente para aquellos daños patrimoniales y no patrimoniales «derivados de la privación de la libertad personal». Suprimiendo este apartado, el legislador ha dado entrada a la reparación de cualquier violación de los derechos humanos. Nos parece oportuno destacar que en su sentencia núm. 205 de 2022, 6 de julio- 15 de septiembre, la *Corte Costituzionale* ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 2, en su redacción anterior a 2015, precisamente en lo relativo a la limitación a la que se acaba de hacer referencia.

En concreto, según el Juez de las leyes italiano, la selección de un único derecho inviolable al que garantizar «plena y efectiva tutela indemnizatoria», parece hoy en día «absolutamente irrazonable» y, por ende, «debe considerarse contrario al artículo 3 de la Constitución», añadiendo también que «la comprensión de la tutela de los derechos inviolables de la persona se traduce en una limitación irrazonable de la responsabilidad civil del Estado y del magistrado».

Otro cambio fundamental ha afectado al llamado filtro de admisibilidad de la demanda. Conforme con la regulación anterior, en efecto, una vez presentada la oportuna demanda para la declaración de la responsabilidad derivada de una resolución judicial, con carácter previo, se sometía al enjuiciamiento del Tribunal su admisibilidad y solo una vez superado ese filtro, se daba curso al procedimiento. El filtro ha sido eliminado con la Ley 18 de 2015, si bien el cambio no

se ha acogido de manera favorable por parte de la doctrina ni por la propia *Corte Costituzionale*⁵⁶.

Pese a que el régimen que acabamos de exponer reconoce, en principio, la posibilidad de obtener la reparación de los daños sufridos a consecuencia de la violación de los derechos humanos, lo cierto es que se mantiene en vigor lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley Vassalli, en cuya virtud «no pueden considerarse generadoras de responsabilidad ni la actividad de interpretación de las normas jurídicas, ni las de valoración de los hechos y de las pruebas»⁵⁷, con las salvedades previstas en los artículos 3 y 3 bis a las que anteriormente hemos hecho referencia⁵⁸. Aun así, como reconoce parte de la doctrina, el alcance de dicha limitación queda limitado por la inclusión dentro de los supuestos de culpa grave de la violación manifiesta de la ley, así como del Derecho de la Unión Europea y tergiversación de hechos o pruebas.

En cuanto a la primera, en efecto, la reforma parece abrir las puertas a actividad de interpretación como fuente de responsabilidad. Según reiterada jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*

«las condiciones de responsabilidad del Estado por violación grave de la ley causada por negligencia inexcusable en el ejercicio de funciones judiciales, de conformidad con el art. 2, 3er párrafo, letra a), l. n. 117 de 1988, deben considerarse existentes, entre otras cosas, cuando, en el curso del proceso se ha producido una violación clara, flagrante y macroscópica de la norma o la misma haya sido interpretada en términos que contradicen todo criterio lógico, o se haya reconstruido la voluntad del legislador en términos aberrantes, o se haya manipulado de manera absolutamente arbitraria del texto normativo»⁵⁹.

56. Entre otras, véase la sentencia núm. 164 de 2017.

57. Con anterioridad a la reforma de 2015, la *Corte di Cassazione* había venido manteniendo de manera reiterada que

«En materia de responsabilidad civil de los magistrados, art. 2 de la ley de 13 de abril de 1988, n. 117, al establecer —so pena de inadmisibilidad, conforme con el art. 5, apartado tercero— las condiciones de la demanda contra el Estado por un acto cometido con dolo o negligencia grave por parte del magistrado en el ejercicio de sus funciones, excluye la posibilidad que exista responsabilidad derivada de la actividad de interpretación de normas de derecho, o valoración de hechos y pruebas. Tampoco puede considerarse que el juez esté obligado a decidir conforme a la interpretación previamente hecha por sí mismo u otro juez en otro litigio».

58. En ese sentido, hay que tener en cuenta que en la recomendación CM/Rec (2010) 12 el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010, sugería que «66. The interpretation of the law assessment of facts or weighing of evidence carried out by judges to determine cases should not give rise to civil or disciplinary liability, except in cases of malice and gross negligence». La actual configuración del sistema italiano en principio encaja con la recomendación, en la medida en que, si bien con carácter general excluye la relevancia de la actividad probatoria y/o de interpretación del Derecho a efectos de responsabilidad, se prevén expresamente las salvedades del dolo y de la *colpa grave*.

59. Sentencia de la *Corte di Cassazione*, Sec. III civile, 18 de marzo de 2008, n. 7272.

En la opinión de una parte de la doctrina, también sería constitutiva de violación manifiesta la falta de consideración por parte del magistrado de una doctrina consolidada de la *Corte di Cassazione*, o, incluso en ausencia de esa jurisprudencia, cuando no exista ninguna justificación lógica plausible que sustente su decisión⁶⁰.

De cara a lo que ahora nos interesa, hay que tener en cuenta que la referencia a la Ley ha de entenderse como referencia genérica a las fuentes del ordenamiento jurídico, así como a las normas internacionales aplicables según el Derecho italiano y, por supuesto, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Más concretamente, en lo que atañe a las normas de carácter internacional, las mismas han de ser atributivas de derechos a los particulares, no siendo relevantes a estos efectos, las que únicamente tuvieran como objeto la disciplina de las relaciones entre los Estados.

Todo ello implica, ya de antemano, que en aquellos casos en los que los Comités consideren que la violación de los derechos humanos lamentada por el particular autor de la comunicación sea el fruto de la actividad probatoria o de interpretación de las normas que resulten aplicación a la contienda, la utilización del cauce examinado a efectos de obtener la reparación del daño parece dudosa, salvo que la violación pueda tener encaje en alguna de las excepciones referidas.

De cualquier manera, el *quid* de la cuestión estriba nuevamente en si el dictamen o decisión determina el reconocimiento en automático de la responsabilidad del Estado-Juez. Coherentemente con lo expresado anteriormente, también en este caso dudamos que pueda acogerse este argumento, pues de ser así, le estaríamos reconociendo ese valor vinculante del que, como hemos visto, carece. Nuevamente, no pretendemos sostener que los dictámenes sean absolutamente irrelevantes en este contexto, lo que no encajaría con lo argumentado hasta el momento, pero *de iure condito*, tampoco podemos otorgarles una eficacia que, *de facto*, no tienen. Al igual que en los supuestos anteriormente analizados, creemos que el dictamen debería ser objeto de valoración en el marco del procedimiento encaminado a la declaración de la responsabilidad patrimonial, bien pudiendo el órgano nacional justificar razonadamente los motivos por los que no procede acoger las conclusiones del Comité.

60. MARTINO, R. (2016), «Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale», *Giustizia Civile*, 3, p. 635.

El miedo a que la independencia de la magistratura pudiera verse afectada, ha hecho que una parte de la doctrina haya tratado de argumentar que el precepto que nos ocupa ha de entenderse en el sentido de «*travisamento linguistico della disposizione*», o, que es lo mismo, como una falta de entendimiento lingüístico de la norma violada. En ese sentido, vid. SCODITTI, E. (2015), «*Le nuove fattispecie di «colpa grave*», AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati* (l. 27 febbraio 2015, n. 28), Foro It., pp. 317-326. Por nuestra parte, discrepamos de esta postura en la medida en que no solo no es acorde con la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* anteriormente mencionada, sino que determina una distinción entre la violación del Derecho nacional y del Derecho de la UE, lo que no parece encajar con el espíritu de la reforma de 2015, habiendo el legislador equiparado ambas hipótesis.

V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

A partir de lo expuesto a lo largo de este análisis en el que se ha tratado de evidenciar los aspectos más relevantes del Derecho italiano relacionados con el valor y la posible eficacia de los dictámenes de los Comités de los tratados sobre derechos humanos, entendemos que su consideración como *not legally binding* no puede ser sinónimo de una ausencia absoluta de efectos en el ordenamiento interno. En efecto, no puede prescindirse del hecho de que, a través de la adhesión a los tratados y sus correspondientes Protocolos facultativos, los Estados les han encomendado a los distintos Comités la protección de los derechos humanos, así como la detección de sus posibles violaciones, por lo que creemos que las decisiones de estos órganos han de tenerse en cuenta en los procedimientos nacionales encaminados a la posible declaración de la existencia de la responsabilidad del Estado. Frente a la constatación de una violación por parte de estos órganos, la absoluta pasividad del Estado, que se manifiesta, por ejemplo, en la falta de valoración o incluso consideración de los dictámenes en el marco del procedimiento nacional, como ha sucedido en el caso del Dictamen núm. 3042/2017 del Comité de derechos humanos, mal se compadece con el deber de actuar conforme con la buena fe que le incumbe una vez que haya adherido a los tratados.

Con ello, ya lo hemos dicho, no pretendemos sostener que el resultado del procedimiento nacional haya de ser preconstituido o, en otras palabras, que la violación detectada por los *Treaty bodies* conlleve necesariamente la reparación del daño lamentado por el particular. Somos conscientes de que se trata de una conclusión que no tiene cabida en el Derecho italiano tal y como se configura hoy en día y que, de alguna manera responde a la excesiva flexibilidad de las reglas de procedimiento y fondo por parte de esos órganos, motivada, quizá, por su composición integrada por parte de expertos no necesariamente pertenecientes al mundo jurídico y que, tal vez, se traduce en una inasumible falta de rigor, como hemos tratado de evidenciar a través del análisis de algunos de los asuntos más emblemáticos seguidos frente al Estado italiano.

Por tanto, nuestra reflexión final se puede resumir en que, si bien compartimos la opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria acerca del carácter formalmente no vinculante de las decisiones y dictámenes de los Comités de expertos, creemos que de ello no deriva la posibilidad para el Estado de prescindir *ad libitum* de las consecuencias de las violaciones de derechos humanos de las que ha sido declarado culpable. De ser así, los compromisos adquiridos con la adhesión a los tratados y protocolos objeto de este estudio quedarían papel mojado, lo que mal se compadece con la previsión contenida en la Constitución italiana sobre la obligación de respetar los *obblighi internazionali* y que pesa sobre todas y cada una de las articulaciones del Estado. Como hemos tratado de argumentar, no se trata de que tales decisiones lleven aparejado el reconocimiento automático de la responsabilidad de la articulación del Estado a la que le es imputable la violación, sino que, en el marco de un procedimiento instado al efecto, las mismas sean tenidas debidamente en cuenta, ya sea para

aclarar las razones por las que se considera que no procede acoger los argumentos de los Comités o no adoptar las medidas de reparación recomendadas. Haciendo nuestras las palabras de BARILE, cuando el ordenamiento así lo permite, hay que tratar de interpretar las normas en materia de derechos humanos garantizando su máxima eficacia⁶¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMOROSO, D. (2018), «Sull'obbligo della Corte Costituzionale italiana di «prendere in considerazione» le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), Forum quaderni costituzionali, pp. 81-85.
- BARILE, P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna: Il Mulino.
- BORLINI L; CREMA L. (2018), «Il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei Diritti Sociali ai fini dell'interpretazione della carta sociale europea nel diritto internazionale» *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), Forum quaderni costituzionali, pp. 86-106.
- BORLINI L; CREMA L., (2019), «The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies: International Supervision, Authoritative Interpretations or mission éducatrice? », *European Society of International Law - Conference Paper Series*, 3.
- CAPUTO M. (2016), «La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste», *iurisprudenzia.it*.
- CARBONE A. (2012), *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino: Giappichelli.
- Carpanelli E., (2019), «Di corti e comitati... L'epilogo del «caso Lambert» nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani», *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, pp. 9-26.
- CARTABIA, M. (2007), «Le sentenze 'gemelle': diritti fondamentali, fonti, giudici», *Giurisprudenza costituzionale*, p. 3564- 3574.
- CASSESE, A. (2009), *I diritti umani oggi*, Bari: Laterza.
- CICCARIELLO, F. (2018), «La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti», *Judicium*.

61. BARILE, P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna: Il Mulino, p. 41

- COCOZZA, G. (2011), «Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo», *Diritto Processuale Amministrativo*, 2011, p. 1321 y ss.
- CONFORTI, B., Iovane, M. (2021): *Diritto internazionale* (XII ed.), Nápoles: Editoriale Scientifica.
- DEGANI, P. (2001), «Nazioni Unite e «genere»: il sistema di protezione internazionale dei diritti umani delle donne», *Research Papers (Centro di Studi e di Formazione sui Diritti della persona e dei popoli)*, 1.
- DE GIORGI, M. (2016), *Il giudizio di ottemperanza*, Milano: Key Editore
- DONATI F. (2018), «Il rilievo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni», *Osservatorio sulle fonti*, 1.
- FERRARA, L. (2013), «Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere», *Diritto Processuale Amministrativo*, pp. 617 y ss.
- FERRARO, F. (2012), *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano: Giuffrè.
- FERRARO, F. (2017), «Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione», *DPCE online*, 4, pp. 863-886
- FONTANA, G. (2018), La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: «one step forward two step back», *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*, 382.
- FORLATI, S. (2018), «Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la «giurisprudenza» del Comitato Europeo per i Diritti Sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), *Forum quaderni costituzionali*, pp. 67-80.
- FORLATI, S. (2018), «On 'Court Generated State Practice': The Interpretation of Treaties as Dialogue between International Courts and States», *Austrian Review of International and European Law*, 20, pp. 99-110.
- FRANCHINA, A. (2021), «La responsabilità civile dello Stato nella violazione dei diritti fondamentali», *Riv. Cammino Diritto*, 07.
- FUMAGALLI, L. (2000), «Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati», *Studium Iuris*, 11, pp. 1198 - 1208.
- GALLACCIO, S. (2019), «Gli ultimi interventi della Corte costituzionale in tema di revocazione di sentenze amministrative e civili in contrasto con una successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», *Amministrazione in cammino*, 3 giugno.
- GULLO, V. (2021), «Il ruolo degli organi internazionali quasi-giudiziari e la tutela dei diritti umani», *DirittoConsenso*.
- LAMARQUE, E. (2010), «Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana», *Corriere Giuridico*, 7, pp. 955-965.

- LAZZARI, C. (2019), «Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018», *Federalismi.it*, 4.
- LORUBBIO, V. (2022), «Violenza contro le donne e limiti delle Convenzioni Internazionali: Solo Una Questione Di Diritti?», *Ordine internazionale e diritti umani*, pp. 1177-1200.
- MANGANARO, F. (2018), «Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacuna dell'accertamento», in *Diritto processuale amministrativo*, 2, pp. 534 y ss.
- MARCHESI, A. (2021), *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano: FrancoAngeli.
- MARI, G. (2013), «Il giudizio di ottemperanza», M.A. Sandulli (coord.), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano: Giuffrè, pp. 457 y ss.
- MARTINO, R. (2016), «Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale», *Giustizia Civile*, 3, pp. 623 - 659.
- MASIERI, C. (2015) «La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito», *Diritto Penale Contemporaneo*.
- MASSA, E. (2019), «L'evoluzione del diritto internazionale dei rifugiati attraverso la partecipazione dell'ACNUR alla funzione giurisdizionale», *La Comunità internazionale*, 3, pp. 419-445.
- MOLA, L. (2022), *La Carta Sociale Europea e il controllo internazionale sulla sua applicazione*, Torino: Giappichelli.
- Nardocci,ga
- NOLLKAEMPER, A.; van alebeek R. (2012), «The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law», en Keller, H.; Ulfstein, G., *UN human rights treaty bodies: law and legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 356-413.
- PALOMBINO, F. (2018), «Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della corte europea dei diritti umani», *Osservatorio sulle fonti*.
- PERRINI, F. (2021), «Il ruolo, le attività e le prospettive di riforma del sistema degli organi di controllo della tutela dei diritti umani istituiti dai core treaties delle Nazioni Unite», *La Comunità internazionale - Quaderni: L'azione dell'ONU per la promozione e la protezione dei diritti umani nel 75° anniversario dell'organizzazione*, pp. 51-64.
- PERRONE, F. (2020), «La forza vincolante delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione CGIL c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti», *Lavoro Diritti Europa*, 1.
- PETRALIA, G.V.A. (2017), «Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017» *Rivista AIC*, 4.
- PIRRONE, P. (2018), «Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrativa. La sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2, pp. 515-546;

- PIZZORUSSO, A. (2003), «La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia». *Il Foro Italiano*, 9, pp. 175-184.
- POLICE, A. (2018), «Giudicato amministrativo e sentenze delle Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici», *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, pp. 646-665.
- POTO, M. (2003), «La responsabilità dello Stato legislatore: la Cassazione a confronto», *Responsabilità civile e previdenza*, 6, pp. 1363 - 1370.
- PUSTORINO, P. (2020), *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari: Caucci Editore.
- RAPILLO, A. (2017), «La responsabilità dello Stato italiano per la mancata o tardiva attuazione delle direttive europee», *De Iustitia*, 4, pp. 48 - 70.
- RIZZA, A.R. (2020), «Lesione di diritti e responsabilità da produzione legislativa. Ricostruzione critica del quadro europeo», *Diritto Pubblico*, 3, pp. 831-873.
- RUGGIERI, A. (2008), «La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, pp. 215-222.
- RUOTOLO, M. (2013), «L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.», *Rivista AIC*, 2.
- RUSSO, D. (2018), «La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta Sociale Europea: il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei Diritti Sociali», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), *Forum quaderni costituzionali*, pp. 128 -134.
- RUSSO, D. (2019), «I trattati sui diritti umani nell'ordinamento italiano alla luce delle sentenze n. 120 e 194 del 2018 della Corte costituzionale», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, pp. 155-174.
- SALERNO, F. (2007), «Vincolo costituzionale all'attuazione dell'obbligo di riparazione stabilito dalla Corte EDU», R. Bin; G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (coords.) *All'incrocio tra Costituzione e CEDU, Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino: Giappichelli, 2007, pp. 225- 233.
- SANCHEZ LAMELAS, A., (2024), «Los dictámenes de los comités de expertos de Naciones Unidas y la responsabilidad del Estado», *Revista de Administración Pública*, 224, pp. 213-241.
- SANNIN, M. (2014), *Il giudizio di ottemperanza*, Torino: Giappichelli.
- SCIARRINO V. (2012), *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milano: Ipsoa.
- SCODITTI E. (2003) «Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria», *Danno e responsabilità*, 7, pp. 718 - 727.
- SCODITTI E. (2004), «Francovich presa sul serio»: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale», *Foro It.*, pp. 4 - 7

- SCODITTI E. (2015), «*Le nuove fattispecie di «colpa grave»*», AA. VV., La nuova responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015, n. 28), Foro It., pp. 317-326.
- SEATZU F. (2012), «Sull'interpretazione del patto delle nazioni unite sui diritti economici, sociali e culturali: regole, criteri ermeneutici e comparazioni», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, pp. 339-364.
- SERRA, G. (2022), «Cenni in tema di responsabilità del legislatore per adozione di legge incostituzionale. Note a margine dell'ordinanza T.A.R. per le Marche», *Federalismi.it*, 12, pp. 273-286.
- SORRENTINO, F. (2008), «L'incidenza del diritto comunitario sulle categorie del diritto pubblico», in A. Tizzano, *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino: Giappichelli, pp. 55 - 65.
- SPEZIALE, V. (2018), «Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti», *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* (Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015), Forum quaderni costituzionali, pp. 21-66.
- TANCREDI, A. (2019) «La Carta Sociale Europea come parametro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2, pp. 490-511.
- TARULLO, S. (2014), «Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo», F. G. Scoca (coord.), *Giustizia amministrativa*, Torino: Giappichelli.
- Travi, A. (2015), «La responsabilità civile e i giudici amministrativi», AA. VV., La nuova responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015, n. 28), *in Foro it.*, 2015, pp. 338-340.
- TREVES, T. (2005), *Diritto internazionale: problemi fondamentali*, Milano: Giuffrè
- VIZZONI, L. (2018), «L'illecito costituzionale del legislatore (muovendo dalle riflessioni di Enzo Roppo)», *Juscivile*, pp. 260-270.

ANEXO I: DESGLOSE DE LAS COMUNICACIONES PRESENTADAS ANTE LOS COMITÉS

COMITÉ	Comunicaciones presentadas	Decisiones de fondo		Archivo	Inadmisión
		Estimadas	Desestimadas		
Derechos Humanos	19	4	2	1	12
Mujer	2	1	-	-	1
Tortura	1		-	-	1
Discapacidad	1	1	-	-	
Derechos Económicos, Sociales y Culturales	3	3	-	-	-
Niño	-	-	-	-	-
TOTAL	26	9	2	1	14