

ISSN 2346-9196

Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet

Año II / Nr. 1 / 2014



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Cátedra Jean Monnet
de la
Facultad de Derecho
de la
Universidad de Buenos Aires

Año II – N° 1 – 2014

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Buenos Aires - Argentina

Correo electrónico: catedrajeanmonnet@derecho.uba.ar

DIRECTOR

Dr. Calogero Pizzolo
Catedrático Jean Monnet - UBA

CONSEJO ACADEMICO

Dr. Calogero Pizzolo
Dra. Sandra Negro
Dr. Walter Carnota
Dr. Alfredo Soto

CONSEJO EDITOR

Dr. Andrea Mensa Gonzalez
Dr. Agustin Fabbricatore

Índice

Editorial /

Palabras del Director Pág. 6

Doctrina /

Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo Pág. 8

Silvio GAMBINO

El «elemento transfronterizo» interpretado en relación al estatuto de ciudadanía de la Unión Pág. 78

Calogero PIZZOLO

Ensayos /

Algunas notas sobre la relación entre el Tribunal Constitucional alemán y la integración europea a partir de aspectos seleccionados de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa Pág. 105

Pablo C. CAUDEVILLA

La doctrina «Engel» en el marco del sistema de protección multinivel europeo Pág. 146

Andrés TRIPODI

Sobre el «tipo supranacional» y el «tipo intergubernamental» en materia de integración regional Pág. 170

Sara Patricia ALVEAR PEÑA

TJUE- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

AGOSTO 2013- DICIEMBRE 2013

Tribunal de Justicia Pág. 188

Tribunal General Pág. 196

Tribunal de la Función Pública Pág. 204

Editorial /

Estimados lectores llegamos al número 3 de la Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Buenos Aires. Los objetivos que nos propusimos al fundar la publicación se van materializando. Inauguramos así el segundo año de nuestra revista. En el presente número encontrarán artículos de doctrina y ensayos sobre temas actuales vinculados a la integración regional. Las colaboraciones pertenecen a profesores extranjeros y nacionales junto a colegas que han participado de las diversas actividades académicas organizadas por la Cátedra Jean Monnet - UBA. Forma también parte de este número la sistematización de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea perteneciente al período agosto-diciembre de 2013.

A todos los que nos apoyan y colaboran para que este espacio de difusión sea posible nuestro más sincero agradecimiento. A nuestros lectores gracias por su confianza.

Prof. Dr. Calogero Pizzolo
Catedrático Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires

Doctrina /

LIVELLO DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI (FRA DIRITTO DELL'UNIONE, CONVENZIONI INTERNAZIONALI, COSTITUZIONI DEGLI STATI MEMBRI) E DIALOGO FRA LE CORTI. EFFETTI POLITICI NEL COSTITUZIONALISMO INTERNO ED EUROPEO

Silvio GAMBINO (*)

Sommario

1. Diritti fondamentali fra tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, Carta dei diritti **dell'Unione europea, Costituzioni nazionali e CEDU**. – 2. Controlimiti e identità costituzionali nazionali. **Le problematiche dei confini fra diritto dell'Unione e diritto costituzionale interno** nella (recente) rilettura della Corte di Giustizia **dell'Unione europea**. – 3. Costituzionalismo sociale e giurisprudenza eurounitaria: quale bilanciamento fra diritti costituzionali sociali e libertà economiche garantite dai trattati? – 4. **Sugli 'effetti politici' di alcune recenti decisioni 'interordinamentali' con** riguardo alla (stessa problematica posta dalla prevalenza generalizzata della) **Carta** sui diritti costituzionali nazionali.

§

1. I diritti fondamentali fra tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, Carta dei diritti dell'Unione europea, Costituzioni nazionali e CEDU

Almeno dalla prospettiva giuridica e istituzionale (risultando tuttora diverso il profilo che emerge dagli effetti della crisi sui Paesi membri dell'Unione e sulle istituzioni europee), con i 'nuovi' trattati eurounitari (TUE e TFUE, firmati a Lisbona il 13 dicembre 2007), nel processo di integrazione europea si è pervenuti al pieno riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (d'ora in poi Carta) del medesimo valore giuridico dei trattati; in tal modo è stata pienamente

(*) Università della Calabria (Italia).

positivizzata la tutela eurounitaria accordata ai diritti, alle libertà e ai principi in essa sanciti, la cui garanzia non è ora fondata sulla (più gracile) categoria **giurisprudenziale delle 'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione'**¹.

Una positivizzazione normativa – **quest'ultima** – che si aggiunge ad una (ormai risalente e) stabile giurisprudenza comunitaria per la quale, già a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* (Causa 26-62)², i diritti soggettivi dei cittadini degli Stati membri dell'UE sussistono – e come tali sono tutelabili innanzi al giudice nazionale e a quello comunitario – **“non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menzioni, ma anche *come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie*”**.

Dopo i ripensamenti prodotti dagli esiti referendari negativi sulla bozza di **“Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa”**, la *Carta* si pone ora come un vero e proprio *Bill of rights* del diritto dell'Unione destinato a (far) ripensare e rafforzare lo stesso sviluppo futuro del processo di integrazione europeo. Tale percorso, tuttavia, nella fase attuale risulta condizionato in modo (politicamente) **significativo per l'impatto fortemente negativo** prodotto dalla crisi economica e fiscale degli Stati europei nonché per le presenti incertezze politiche nello **sviluppare un compiuto progetto istituzionale per l'Europa (inclusivo di una *governance* istituzionale idonea a superare tutti i limiti presenti della natura intergovernativa dell'indirizzo politico delle istituzioni europee)**.

Con i nuovi trattati e al loro interno con le previsioni sulla Carta, pertanto,

¹ Nell'ampia bibliografia, cfr. almeno G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2005; S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; Id. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011; V. Onida, “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona” e T. Groppi, “I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”, (ambidue) in E. Paciotti (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2011; C. Salazar, “A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?”, in *www.gruppodipisa.it*; S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzionale-comparatistica*, Milano, 2009.

² Sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, in *Racc.*, 1963, pag. 3.

si determina una positiva discontinuità nel processo di integrazione europea, avviandosi un processo costituente materiale che (nel tempo che si renderà politicamente necessario) potrà (forse) concludersi – se non proprio surrogando le necessarie esigenze imposte da un formale processo costituente europeo – con **l'affermazione di un (meno incompiuto) costituzionalismo europeo**, quando (e se) i popoli europei si determineranno in tal senso, quando (e se) le istituzioni rappresentative e di governo europee adotteranno i necessari impulsi al suo sviluppo³.

Tale processo si fonda anche sugli effetti (legittimanti il processo di integrazione) prodotti – unitamente al riconoscimento della cittadinanza europea **ai cittadini degli Stati membri dell'Unione – dall'applicazione dei diritti fondamentali** accolti nella *Carta*, e identificati mediante una loro aggregazione intorno a sei valori fondamentali (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia), in corrispondenza – se non proprio ai cataloghi (ben più evoluti, in ragione delle situazioni giuridiche ivi previste, a loro volta garantite dalla peculiare forza di resistenza alle stesse leggi di revisione costituzionali e nelle forme di garanzia assicurate dalla giurisdizione costituzionale) – dei **diritti fondamentali garantiti nelle Costituzioni nazionali, alle 'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'UE'**⁴. Alessandro Pizzorusso ne ha magistralmente **parlato in termini di 'patrimonio costituzionale europeo'**⁵ mentre altri studiosi di un diritto costituzionale comune europeo in formazione.

³ Sul punto cfr. anche S. Gambino, "La (reciente) evolución del ordenamiento comunitario como proceso materialiter constituyente: un análisis tras las categorías clásicas del derecho público europeo y de la experiencia concreta", in *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Bogotá, 2006, pag. 261-308.

⁴ Nell'ampia bibliografia, cfr. anche i nostri "Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e trattati comunitari", in S. Gambino (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006; "Derechos sociales, Carta de derechos fundamentales e integración europea", in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, Vol. V, n. 9; "Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. III;

⁵ Cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

Naturalmente una simile valutazione appare fortemente ottimistica nella misura in cui le politiche economiche (decisamente liberistiche) fin qui seguite nella **governance** europea per contrastare la crisi economica e finanziaria (attiva almeno dal 2008) saranno positivamente superate da un nuovo indirizzo politico **determinato dall'apporto delle forze politiche espresse nelle recenti elezioni ma anche in ragione dell'affermazione di un diffuso sentimento di 'euroscetticismo'**, che aveva già consentito a Federico Mancini⁶, **verso la fine degli anni '80, di parlare di "frigidità sociale" delle istituzioni comunitarie.**

Quanto ai contenuti di tale incorporazione nei 'nuovi' trattati, all'art. 6, si **prevede che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta.** Gli stessi sono interpretati in conformità alle clausole orizzontali accolte nelle disposizioni generali del titolo VII della Carta e tenendo nel debito conto le **Spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta.**

Per rispondere ad una preoccupazione ricorrente degli Stati membri, sia l'art. 6 del TUE (I co., seconda frase), sia l'art. 51 (II co.) della *Carta* sanciscono che la Carta non **estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.**

Si ribadisce, in tal modo, che, in assenza di una espressa competenza dell'Unione in materia di diritti, di libertà e di principi (al di là di quanto previsto nell'art. 52.2 della *Carta* ed oltre a tutte le specifiche situazioni giuridiche garantite nella loro natura di **'contropartita dei precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie'** (sentenza *van Gend & Loos* nel 1962), l'ambito di applicazione della Carta rimane quello stabilito nel suo art. 51 e nelle puntuali disposizioni di disciplina di diritti previsti nell'ambito dei trattati, che si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi

⁶ Cfr. F. Mancini, "L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri", in *RDE*, 1989, n. 3.

definiti ai sensi dell'art. 52.2 della Carta⁷, e il livello di protezione quello accolto secondo lo *standard* più elevato garantito (comunque "nel rispettivo ambito di applicazione") dalle disposizioni dell'art. 53 della Carta, che a loro volta s'ispirano all'art. 53 della CEDU fino a riprenderne in modo pressoché integrale il testo.

Nel sanzionare "il carattere sussidiario del livello di protezione assicurato dalla stessa rispetto al livello, eventualmente più elevato, garantito dal diritto nazionale o comunque da altro diritto applicabile negli Stati contraenti ... (che avrebbe aperto una breccia al principio del primato del diritto dell'Unione, poiché almeno il livello di protezione più elevato assicurato dalle costituzioni nazionali dovrebbe essere sempre salvaguardato"⁸, l'art. 53 della Carta ha fatto porre importanti (e per noi convincenti) interrogativi sulla portata del primato del diritto dell'Unione. È appunto la questione posta (in particolare, ma non solo) dalla sentenza Melloni, per come si vedrà meglio in seguito.

Pertanto, nell'ottica di un *multilevel constitutionalism* (disciplinato e garantito nell'art. 53 della Carta), nulla sembrerebbe innovato circa il primato e l'assoluta inviolabilità-inderogabilità delle garanzie accordate ai diritti fondamentali previsti nella Carta costituzionale, se e nella misura in cui tali garanzie costituiscono lo *standard* più elevato *pro individuo* fra le (molteplici e variegate) previsioni di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciute, nel rispettivo ambito di applicazione, dall'insieme delle Carte (e delle relative Corti), che costituiscono parametro giustiziabile delle relative garanzie.

La più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (per come vedremo meglio in seguito, al momento di analizzare fra gli altri il recente caso Melloni),

⁷ Con particolare riguardo all'attuazione delle finalità del mercato comune europeo, in particolare, si ricordano le libertà fondamentali alla base del diritto CEE e ora dell'UE: l'art. 49 sulla libertà di stabilimento, l'art. 45 sulla libera di circolazione dei lavoratori, l'art. 56 sulla libera circolazione dei servizi.

⁸ Cfr. N.L., "UE - Le sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-396/11, Radu e C-399/11, Melloni", in www.osservatoriosullefonti.it.

tuttavia, sembrerebbe voler proporre letture più articolate, ma anche maggiormente problematiche, con riguardo sia agli ambiti di applicazione dell'art. 51 della Carta sia e soprattutto con riguardo all'interpretazione dei livelli di protezione più elevati alla luce dell'art. 53 della Carta.

Quanto all'estensione dell'ambito materiale dei diritti fondamentali, pur nella (più volte sottolineata esigenza di) salvaguardia della immodificabilità delle competenze dell'Unione definite nei trattati, i 'nuovi' trattati (all'art. 6, commi 2 e 3 del TUE), inoltre, statuiscono l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.), sancendo, al contempo, che i diritti fondamentali garantiti dalla stessa e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto primario dell'Unione in quanto principi generali (che sono da rispettarsi e da promuoversi, nello spirito dell'art. 51, I co, della *Carta*)⁹.

Unitamente al patrimonio costituzionale europeo ricostruito in via prevalentemente giurisprudenziale nel primo ventennio di vita delle istituzioni comunitarie (a partire dalla nota triade di sentenze, la *Stauder*, la *Internationale* e la *Nold*) e in seguito anche attraverso atti normativi del Parlamento europeo, tali previsioni concorrono a definire un *acquis communautaire* al cui consolidamento l'Unione assegna (art. 67 del TFUE) la finalità di garantire "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, *nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri*".

In tal modo, l'Unione – nel confermare "il proprio attaccamento ai principi di libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto" (come si afferma solennemente nel Preambolo ai 'nuovi' trattati) – esprime la determinazione a segnare "*una nuova*

⁹ Per un'analisi dello stato di attuazione della Carta di Nizza/Strasburgo, oltre agli approcci dottrinari (in parte richiamati nella bibliografia che si citeranno in queste note), cfr. anche la "Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni" COM(2014) 224.

tappa" nel processo di integrazione europea intrapreso con l'istituzione delle Comunità europee, nel quadro del *pieno rispetto da parte dell'Unione dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e della loro identità nazionale per come insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale* (art. 4 TUE)¹⁰.

Quanto all'ambito di applicazione, l'art. 51 della Carta stabilisce (testualmente) che le relative disposizioni "si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri *esclusivamente* nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati".

Chiamata a pronunciarsi in un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 (nella parte in cui "non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica") – con riguardo specifico alla questione della vigenza dei diritti previsti dalla CEDU che trovino un "corrispondente" all'interno della Carta (quale, nella fattispecie, il diritto alla

¹⁰ Alla luce della 'sentenza Lisbona' del Tribunale Costituzionale Federale tedesco (del 30 giugno 2009), cfr. almeno AA.VV., "La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione Europea", in *www.astrid.eu*; M. Luciani, "Il *Bundesverfassungsgericht* e le prospettive dell'integrazione europea", in *www.astrid.eu*; G. Guarino, "La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009. Sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", in *www.astrid-online.it*; L.S. Rossi, "Integrazione europea al capolinea?", *www.affariinternazionali.it*; V. Baldini, "Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo d'integrazione europea. (La 'sentenza Lisbona' del *Bundesverfassungsgericht* ed i limiti ad uno sviluppo *secundum Constitutionem* dell'ordinamento sopranazionale", in *Rivista AIC*, n. 00 (2.7.2010); A. Cantaro, "Democrazia e identità costituzionale nel Lissabon Urteil. L'integrazione protetta", in *Teoria e diritto dello Stato*, 2010; B. Guastaferrò, "Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e 'controlimiti europeizzati'", in *www.forumcostituzionale.it*; M. Raveraira, "L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?", in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2011, n. 2; M.-C. Ponthoreau, "Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europa à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales", in *D.P.C.E.*, 2007, IV; S. Gambino, "Identità costituzionali nazionali e *primauté* euro-unitaria", in *Quad. Cost.*, 2013, n. 2.

pubblicità delle udienze, previsto dall'art. 47 della Carta in termini identici a quelli dell'art. 6.1 della CEDU – la Corte costituzionale italiana (sent. n. 80/2011, cons. in dir. 5.5) ha modo ribadire il suo indirizzo in materia, secondo cui, con ogni evidenza, **deve escludersi "che la Carta (di Nizza/Strasburgo) costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea**, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, *Mariano*) che dopo **l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona** (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *McB*; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir e altri*). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta **all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo** – in quanto inerente ad **atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero** alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una **misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione** – e non già da **sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto**".

È stabilito, inoltre, che tali disposizioni, quando sanciscono 'principi', possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi dell'Unione e degli Stati membri in sede di attuazione dell'ordinamento dell'Unione. Davanti a un giudice esse possono essere invocate come (meri) parametri ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di tali atti.

La differenziata natura delle disposizioni contenenti 'principi' e 'diritti' è stata (ed è tuttora) ampiamente dibattuta in dottrina, paventandosi talora (prima ma anche in seguito ai 'nuovi' trattati) – con peculiare riferimento **(a)** alla giustiziabilità dei diritti sociali, **(b)** ai parametri finanziari posti a garanzia della stabilità economica e, infine **(3)**, **all'assenza di una "politica dei diritti"** espressamente positivizzata nei trattati – **un rischio di 'scopertura' dell'Unione** nei confronti di una delle famiglie di diritti che, unitamente ai diritti di partecipazione politica, costituiscono una delle tradizioni costituzionali più avanzate del costituzionalismo contemporaneo, un 'patrimonio costituzionale' condiviso (con forme più o meno intense) dagli attuali Stati membri dell'Unione.

Se già in presenza di una Carta dei diritti solo politicamente proclamata, ma senza formale vigenza giuridica (fino ai nuovi trattati), pertanto, la Corte di **Giustizia dell'U.E. ha saputo appoggiarsi ad un "blocco di comunitarietà",** che aveva già in precedenza elaborato per assicurare tutela giurisdizionale alle pretese giuridiche soggettive sottoposte alla sua giurisdizione (soprattutto in tema di libertà economiche e di circolazione dei beni, dei capitali e delle persone, in breve, a sostegno del mercato comune europeo), può ora (non **irragionevolmente**) **ipotizzarsi che l'incorporazione della Carta nei trattati** produrrà una giurisprudenza fortemente ed ulteriormente espansiva nella protezione dei diritti fondamentali europei, non limitata alle classiche libertà economiche ma aperta anche a quelle sociali (e probabilmente anche a quelle di partecipazione politica, come, nel fondo, il Giudice del Lussemburgo ha già iniziato a fare nel caso *Schmidberger*, con riguardo specifico al bilanciamento fra la libertà di espressione e di riunione e libertà di circolazione dei beni).

L'apertura di nuovi spazi per il Giudice eurounitario, consentiti da parametri positivizzati nella stessa materia dei diritti fondamentali, impone (come sta già da tempo avvenendo) una approfondita riflessione dottrina, nella dottrina italiana ed in quella europea più in generale, sulle prospettive **ma anche sui rischi impliciti nel 'dialogo fra le Corti', con specifico** riguardo – oltre che delle opportunità consentite da un sistema costituzionale a più livelli – alle tematiche della effettività della protezione dei diritti fondamentali secondo un criterio ermeneutico idoneamente atto a non eludere i contenuti di garanzia più elevati pro individuo, almeno di non farlo secondo un criterio interpretativo che non resti ancorato/condizionato, di volta in volta, alla fattispecie fattuale oggetto della specifica questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale ma si estenda fino a conseguire le garanzie più elevate previste nelle (stesse) Costituzioni nazionali¹¹.

¹¹ Nell'ampia bibliografia, cfr. almeno A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003; M. Cartabia, B. De Witte, P. Pérez Tremps (a cura di),

In tale quadro, infatti, appare pressoché inevitabile assistere a una competizione/concorrenza con il livello delle garanzie accordate a livello nazionale sulla base delle relative disposizioni costituzionali in tema di principi fondamentali e di diritti, e sulla base delle stesse interpretazioni evolutive offertene dalle Corti costituzionali nazionali (nell'ordinamento italiano particolarmente evidente almeno fino al mutamento giurisprudenziale segnato dalla sentenza n. 356 del 1996, con riguardo al vincolo della interpretazione conforme a Costituzione richiesto al giudice ordinario dal Giudice delle leggi).

Così richiamati i termini positivi del nuovo diritto dell'Unione con riguardo alla materia dei diritti fondamentali, ci si chiede (nuovamente) se possano ritenersi superate quelle preoccupazioni argomentate da alcune Corti costituzionali europee e da una parte della stessa dottrina e che potrebbero

Constitución europea y Constituciones nacionales, Valencia, 2005; M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010; A. Schillaci, *Cooperazione tra ordinamenti e parametro di giudizio. Modelli teorici ed esperienze costituzionali*, Roma, 2011; O. Pollicino, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010; E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010; G. Campanelli, F. Dal Canto, E. Malfatti, S. Panizza, P. Passaglia, A. Pertici (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Torino, 2010; L. Cappuccio, E. Lamarque (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella*, Napoli, 2013; F. Vecchio, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012; M. Fragola (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012; A. Randazzo, *La CEDU. Nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 2012; E. Malfatti, (con la collaborazione di T. Giovannetti, N. Pignatelli), *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013; F. Balaguer Callejon, "Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea", in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009; N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006; T. Giovannetti, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; O. Pollicino, V. Sciarabba, "La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali", in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, T. II, Padova, 2011; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012; L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.

riassumersi **nell'interrogativo** sulla persistente vigenza (o meno) delle risalenti categorie dogmatiche alla base dei processi di legittimazione costituzionale e con **esse sul riconoscimento di una primazia del diritto dell'Unione che non si estenda formalmente all'ambito materiale di protezione dei principi e dei diritti fondamentali** accolti delle Costituzioni contemporanee.

Con riguardo a tale interrogativo, tuttavia, sarebbe come minimo eccessivo (anche solo) ipotizzare che la disciplina eurounitaria dei diritti fondamentali (e con essa il centrale apporto della giurisprudenza della Corte di **Giustizia dell'U.E. al loro riconoscimento e alla loro protezione prima ancora che** gli stessi venissero positivizzati nei nuovi trattati mediante il riconoscimento agli stessi della medesima forza giuridica accordata ai trattati) sia posta in polemica ovvero perfino come superamento della disciplina costituzionale nazionale. Sotto **tale profilo si deve piuttosto convenire con quell'autorevole lettura che invita a leggere il 'sistema costituzionale a più livelli' (appunto) come un "sistema di sistemi", dal quale il sistema dei diritti e delle libertà non potrà che trarne positivi** vantaggi nella misura in cui il soggetto può scegliere le Carte e le Corti che potranno assicurare la protezione più elevata per la soddisfazione del suo bisogno giuridicamente fondato¹².

Tuttavia, pur convenendosi sulla ragionevolezza (se non proprio di tutte le **conclusioni) dell'impianto complessivo di un simile approccio teorico, rimane pur sempre l'interrogativo** – che lo stesso A. si ripropone in modo reiterato – sulla diversità (non tanto e non solo delle diverse legittimazioni che ne sono alla base,

¹² Nella vasta letteratura in materia prodotta da A. Ruggeri, di recente, "L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema dei sistemi' come problema", in *Rivista AIC*, 2014, n. 2, ma in tema dello stesso Autore, cfr. anche, almeno, "Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti mobili, a garanzia dei diritti fondamentali", in ***www.rivistaaic.it***, 1/2011; "Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)", in *www.rivistaaic.it*, 3/2012; "Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno", in *www.forumcostituzionale.it*; "Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"", in *www.rivistaaic.it*, 4/2013; ""Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali", in *www.diritticomparati.it*;

che pure è un problema posto e comunque non risolto) di modelli culturali e valoriali alla base del costituzionalismo di ogni singolo Paese membro dell'UE (e in particolare dell'Italia per quanto ora ci interessa sottolineare) e alla base del processo di integrazione europea (che nasce e si afferma con la finalità di perseguire l'obiettivo di rendere compatibile la formazione di un mercato comune europeo con il rispetto delle sovranità nazionali e delle loro identità politiche e costituzionali).

Rispetto a tali rilievi, come è noto, uno spazio tuttora meritevole di riflessione è occupato da quell'orientamento di alcune Corti costituzionali noto come 'dottrina dei controlimiti', a sottolineare quell'autorevole lettura del Giudice delle leggi, rispettivamente italiano e tedesco, nella quale si nega (nella giurisprudenza costituzionale tedesca almeno fino alla sentenza *Solange II*¹³, e in quella italiana in forma costantemente reiterata, fino alla più recente giurisprudenza che ha visto la Corte costituzionale determinarsi nel senso del ricorso al rinvio pregiudiziale) ogni presunta primazia al diritto dell'Unione nella materia dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni nazionali, costituendo tali materie il 'nucleo duro' del costituzionalismo nazionale, una vera

¹³ *BVerfGE* 73, 339, *Solange II*, del 22 ottobre 1986. "Se si considera il livello ormai raggiunto dalla giurisprudenza della CGCE non ci si può più attardare sulla considerazione secondo cui, in materia di rapporti normativi fra diritto comunitario e Costituzioni degli stati membri, possa prodursi un abbassamento dello *standard* dei diritti fondamentali nel diritto comunitario ad un livello tale per cui non possa più parlarsi di una protezione giuridica appropriata dei diritti fondamentali nel senso della Legge fondamentale. Da una parte, la CGCE non è tenuta a porre i principi generali del diritto comunitario al livello più basso, del minor comune denominatore rispetto alle Costituzioni degli stati membri ... Occorre piuttosto attendersi che la CGCE si orienti verso uno sviluppo ottimale del principio dei diritti fondamentali nel diritto comunitario. Dall'altra, l'assunzione del parametro normativo costituito dalla CEDU, ivi compresa la giurisprudenza ormai estesissima della Corte europea dei diritti dell'uomo, assicura uno *standard* minimo del contenuto della protezione dei diritti fondamentali, che soddisfa in via di principio alle esigenze costituzionali della LF (385-386) ... Considerata tale evoluzione si deve osservare quanto segue: *fintanto che* le Comunità europee, e soprattutto la giurisprudenza della CGCE, garantiranno in via generale una protezione efficace dei diritti fondamentali contro il potere sovrano delle Comunità, *secondo modalità che possano essere considerate come sostanzialmente eguali alla protezione dei diritti fondamentali assunta come inderogabili dalla LF*, e *fintanto che le stesse garantiranno ... il contenuto sostanziale dei diritti fondamentali*, la Corte costituzionale federale non eserciterà il proprio sindacato sull'applicabilità del diritto comunitario derivato invocato come fondamento del comportamento di tribunali e di autorità tedesche nell'ambito della sovranità della RFT e, di conseguenza, essa non controllerà più tale diritto derivato con riferimento ai diritti fondamentali della LF ... (387)" (corsivi nostri).

e propria 'clausola di eternità' che solo i popoli possono rinnovare con l'esercizio del potere costituente¹⁴.

2. Controlimiti e identità costituzionali nazionali. Le problematiche dei 'confini' fra diritto dell'Unione e diritto costituzionale interno nella (recente) rilettura della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Con riguardo specifico alle questioni poste dalla (sostanziale) incorporazione all'interno dei trattati della Carta nonché dalla (prevista) adesione dell'Unione alla CEDU, risulta opportuno offrire qualche riflessione aggiuntiva circa il significato stesso della positivizzazione dei diritti fondamentali al livello dell'Unione e le questioni poste dai rapporti fra i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione e i diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni nazionali.

Rispetto a tale riconoscimento, l'inserimento di un catalogo dei diritti fondamentali in un testo europeo di rilievo (se non *formaliter* almeno *materialiter*) costituzionale costituisce una condizione necessaria (benché non ancora sufficiente) allo sviluppo di un processo di costituzionalizzazione eurounitaria e con essa alla costruzione di quel legame inscindibile fra diritti e Costituzione che costituisce una delle più tradizionali – quanto attuali – affermazioni del costituzionalismo europeo contemporaneo.

L'obiettivo della realizzazione di una 'Comunità politica' basata sulla valorizzazione dei diritti fondamentali e sulla relativa effettività – in uno sforzo di sintesi che traduca realmente il *patrimonio costituzionale* dei Paesi membri, ponendolo a fondamento del suo stesso esistere – costituisce una 'sfida' di portata indubbiamente maggiore rispetto a quella affrontata fin qui dall'Unione, richiedendo riforme ben più ampie e scelte più nette da parte degli Stati membri.

¹⁴ Nell'ampia bibliografia sul punto cfr. A. Celotto e T. Groppi, "Diritto UE e diritto nazionale: *primauté vs controlimiti*", in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. Celotto, "*Primauté* e controlimiti nel Trattato di Lisbona", in *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009; S. Gambino, "La Carta e le Corti costituzionali. 'Controlimiti' e 'protezione equivalente'", in *Politica del diritto*, 2006, n. 3.

Probabilmente, il tutto in uno scenario nuovo che veda (almeno) avviate a soluzione le ragioni della crisi economico-finanziaria che attualmente attanaglia l'Unione e singoli Paesi membri della stessa, condizionando significativamente l'effettività (soprattutto, ma non solo) dei diritti sociali¹⁵.

Nella disciplina dei diritti fondamentali, i 'nuovi' trattati recepiscono la raccomandazione accolta (a suo tempo) nella Relazione finale del 'Gruppo II - Carta' (costituito all'interno della *Convenzione sul futuro dell'Europa*), volta a sottolineare l'importanza della "distinzione fra 'diritti' e 'principi'" e finalizzata ad assicurare "la certezza del diritto nella prospettiva di una 'Carta' giuridicamente vincolante e dotata di *status* costituzionale".

Sulla scorta di quanto prevede l'art. 51 della Carta - per come ora viene espressamente sancito - i 'diritti' devono essere 'rispettati', mentre i 'principi' osservati e promossi nella loro applicazione secondo le rispettive competenze, potendo la loro attuazione richiedere il ricorso ad atti legislativi o esecutivi e pertanto ricadendo, sotto tale profilo, nella competenza degli organi giurisdizionali in sede di interpretazione.

È stato già osservato problematicamente in precedenza come la distinzione fra 'diritti' e 'principi' rischi di indebolire proprio l'ambito di quei diritti (come ad es. i diritti sociali) che, per il loro concreto esercizio, richiedono un disposto legislativo e un *facere* amministrativo (servizi); da qui l'impressione circa la natura a dir poco aleatoria della richiamata clausola, in quanto "inidonea a declassare" la portata dei diritti e principi della 'Carta'.

Benché la disposizione dell'art. 52.3 della Carta non precluda che il diritto dell'Unione possa concedere una protezione più estesa, quanto alla portata e ai limiti dell'interpretazione dei 'diritti' e dei 'principi' dell'Unione, tali previsioni fanno comunque salvi i diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU (il cui significato e la cui portata è uguale a quella conferita loro dalla Convenzione e

¹⁵ Nell'ampia bibliografia, sul punto, di recente, cfr. anche il nostro "Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione", in *La cittadinanza europea*, 2013, n. 2.

dalla lettura che ne fa la Corte EDU), quelli che trovano fondamento nei trattati e infine tutti gli altri diritti, individuabili per esclusione, i quali incontrano i limiti e le condizioni previste dall'art. 52.1 (secondo il quale il relativo esercizio deve essere tale da rispettare "il contenuto essenziale di detti diritti e libertà").

Nel merito, tuttavia, deve sottolinearsi come risulti del tutto sfuggente la **previsione di ulteriori "eventuali limitazioni" che gli stessi possano conoscere** qualora queste stesse appaiono necessarie (clausola del tutto indeterminata e per questo indubbiamente rischiosa per il contenuto dei diritti in quanto si presta ad interpretazioni *ultra vires* da parte del Giudice dell'Unione) e "rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui" (art. 52.1 Carta).

Come si può osservare, non mancano preoccupazioni quanto all'ambito e alla portata delle possibili limitazioni al diritto e alle libertà dell'Unione, pur così innovativamente riportate al rango di diritto (quasi-costituzionale) dell'Unione.

Tali preoccupazioni risultano alimentate da ulteriori previsioni in materia da parte dei nuovi trattati, come quando questi ultimi rinviano, per la previsione di 'limiti', alle indeterminate 'condizioni' stabilite nel diritto dell'Unione e alle legislazioni e alle prassi nazionali (art. 52.6 Carta). Una disciplina – quest'ultima – distante dalla ben più puntuale previsione delle Costituzioni nazionali, e di quella italiana in particolare, nella disciplina della riserva di legge applicata ai diritti, che è sempre tipizzata e teleologicamente motivata in sede costituzionale.

In tale ottica, pare convincente quell'autorevole orientamento che, rispetto alla distinzione fra 'diritti' e 'principi', tuttavia, osserva come non saremmo molto distanti dalle problematiche già conosciute nell'ordinamento interno con riferimento ai principi fondamentali sanciti nella Costituzione. L'art. 52.5 della Carta, nell'ottica di tale lettura, parrebbe voler "semplicemente escludere che dalla enunciazione di un principio nella 'Carta' (di un principio e non di un diritto) si possano ricavare conseguenze immediate e dirette circa posizioni soggettive concrete azionabili in giudizio, se non passando attraverso la

interpositio legislatoris. Da un principio costituzionale (non da una norma costituzionale attributiva di diritti) un giudice non può ricavare direttamente una posizione giuridica soggettiva azionabile che non abbia alcuna altra base. La potrà ricavare interpretando le leggi, ed ecco il valore interpretativo della Costituzione, in quello che non è tanto un controllo diffuso di costituzionalità, **quanto un uso della Costituzione ai fini dell'applicazione delle leggi ordinarie**; oppure potrà invocare il principio ai fini del sindacato di costituzionalità sulla legge: là dove cioè una previsione legislativa appaia in contrasto con il principio. Non mi sembra si tratti di qualcosa di molto diverso da ciò che siamo abituati a pensare riguardo ai principi costituzionali¹⁶.

Il vero nodo in materia sembra posto dalla previsione di norme in materia di garanzie giurisdizionali **dei diritti al livello dell'Unione e dalla mancanza di una disciplina organica dei rapporti fra questa e la giurisdizione costituzionale nazionale**, da una parte, e quella della Corte europea dei diritti **dell'uomo**, dall'altra.

Nelle more del perfezionamento delle procedure di adesione dell'Unione alla CEDU, tale rapporto, *materialiter*, è definito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia pure nel quadro di una gerarchizzazione fra le fonti-parametro per la risoluzione dei (possibili) conflitti che non pare (ancora) ambire ad una stabile e definitiva sistematizzazione dogmatica (appunto di gerarchia fra fonti), proponendosi allo stato come una mera idoneità a risolvere i conflitti in campo, nella dinamica del processo, in una logica giurisprudenziale che è **(prevalentemente) mediata dal "caso" giudiziario e dal relativo bilanciamento fra beni giuridici meritevoli di protezione per come evidenziati nel singolo caso**; un bilanciamento che occorre assicurare ricorrendo al criterio ermeneutico di

¹⁶ Cfr. V. Onida, "Armonia tra diversi e problemi aperti, La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario", in *Quaderni costituzionali*, 2003.

applicazione dello *standard* di garanzie più elevato *pro individuo* che risulti disponibile nel quadro del *multilevel constitutionalism*¹⁷.

In conclusione, le previsioni dei 'nuovi' trattati consentono di individuare alcuni primi orientamenti del processo modificativo dei trattati medesimi, che sono risultati particolarmente innovativi con riferimento alla positivizzazione dei **diritti fondamentali al livello dell'Unione, ancorché in presenza di evidenti (e persistenti) lacune quanto alla disciplina della definizione delle limitazioni al loro concreto esercizio e della loro effettiva 'giustiziabilità', anche in ragione di una (tuttora) mal definita disciplina (se comparata a quelle più evolute accolte nei sistemi giurisdizionali nazionali) del sistema giudiziario europeo e delle relative 'vie di accesso' riconosciute alle persone fisiche e giuridiche.**

Se l'**incorporazione** (sia pure in forma sostanziale) della Carta nei nuovi trattati, e dunque la **'scrittura' dei diritti europei in un ampio catalogo** – che riepiloga, positivizzandola e rendendola visibile, la giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo e quella del Giudice di Strasburgo (e alla cui formazione hanno contribuito le **'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri' per come lette dal Giudice dell'Unione)**¹⁸ –, non consente ancora di poter essere assunta quale

¹⁷ Nell'ampia bibliografia sul punto, cfr. almeno I. Pernice, "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution – Making Revisited?", in *Common Market Law Review*, 1999, 36; I. Pernice, "L'Unione Costituzionale europea nella prospettiva della Conferenza Intergovernativa del 2000" e M. Morlok, "Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli", in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, 2002; I. Pernice - F. Mayer, "La Costituzione integrata dell'Europa", in G. Zagrebelsky, *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003; F. Sorrentino, "La tutela multilivello dei diritti", in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005; P. Bilancia - E. De Marco, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004; G. Morbidelli, "La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo", in AA.VV. (Atti del Convegno annuale A.I.C., 1999), *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padova, 2000; S. Gambino, "La protezione 'multilevel' dei diritti fondamentali, fra Costituzioni, trattati comunitari e giurisdizioni", in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008.

¹⁸ In dottrina cfr., fra gli altri, G. Tesauro, "Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali", in AA.VV. (A.I.C.), *La Costituzione europea*, Padova, 2000, pag. 313; E. Pagano, "I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht", in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, n. 1, pag. 170; A. Adinolfi, "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, pag. 525 ss.; G. Gaja, "Principi del diritto (dir. intern.)", in *Enc. dir.*, pag. 542; P. Pescatore, "Le recours, dans la jurisprudence de

espressione di una piena costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Unione, essa pare comunque incidere in modo (più che) significativo sul 'processo di costituzionalizzazione' (sia pure sostanziale e non ancora formale) dello stesso, costituendone ancora una mera fase embrionale¹⁹.

Non può tuttavia non sottolinearsi come, in tale processo, innanzi al giudice nazionale si rappresentino in forma viepiù crescente complesse problematiche interpretative poste dall'apertura dei sistemi normativi nazionali alle prospettive convenzionali e internazionali dei relativi sistemi di protezione²⁰. Lo scenario nel quale si dipanano tali dinamiche, in breve, sarebbe quello di un "ordine intercostituzionale in costruzione, *in progress*, vale a dire un ordine in cui non v'è, non può più esservi, la sovranità indiscussa, solitaria, della Costituzione quale *fons fontium*, unico punto da cui l'intero sistema positivo si tiene, anche nelle sue proiezioni al piano dei rapporti tra gli ordinamenti. E ciò per la elementare ragione che la stessa Costituzione è – se così può dirsi – una 'intercostituzione', resa palese in questo suo tratto identificante, particolarmente espressivo, in virtù del principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, nel suo fare 'sistema' coi principi fondamentali restanti; un principio che fa sì che la Costituzione accolga nel proprio seno e *quodammodo*

la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison de droits des Etats membres", in *Revue internationale de droit comparé*, 1980, pag. 337 ss.; V. Capelli, "I principi generali come fonte di diritto", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1986, pag. 541; G. Gaja, "Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario", in *Rivista di diritto internaz.*, 1988, pag. 574; P. Mengozzi, "La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale fra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza italiana e tedesca", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1987; F. Mancini, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, n. 1; F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994.

¹⁹ Cfr. M. Cartabia, "I diritti fondamentali ... cit.", pag. 57; G. Zagrebelsky, "Corti europee e Corti nazionali", in <http://www.luiss.it> (12 gennaio 2001).

²⁰ Come è stato già bene sottolineato, "la Costituzione, la Carta di Nizza e la CEDU, senza differenza alcuna, offrono al giudice nazionale strumenti di straordinaria forza ed efficacia che si intersecano sempre più, a dimostrazione del duplice processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale e di internazionalizzazione dei diritti costituzionali" (così R. Conti, "Gerarchia fra Corte di Giustizia e Corte di Nizza/Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei 'confini' fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)", in www.diritticomparti.it).

metabolizzi tutte le norme di origine esterna (e, fra queste, in primo luogo quelle che danno riconoscimento e tutela ai diritti fondamentali) delle quali sia provato il carattere servente nei riguardi dei principi di libertà, eguaglianza, giustizia e, in ultima (o prima) istanza, dignità²¹.

La questione – invero già posta a metà degli anni '70 con la nota giurisprudenza in tema di rapporti fra libertà economiche comunitarie e relative, corrispondenti, garanzie costituzionali nazionali – registra una evidente accelerazione a seguito della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in **tema di primato/supremazia del diritto dell'Unione a seguito della incorporazione della Carta di Nizza/Strasburgo nei trattati europei**, nella ricerca di una risposta giurisprudenziale al **(dibattuto) tema dei "confini" fra le Carte europee dei diritti e le Carte costituzionali nazionali**²².

Sia pure con argomentazioni che mirano a farsi carico in modo specifico delle questioni interpretative sollevate con rinvii pregiudiziali dai relativi giudici nazionali, nei casi *Aklagaren* (causa C-617/2010), *Radu* (causa C-396/2011) e *Melloni* (causa C-399/2011) – nelle cui decisioni maggiormente rileva il cambio di **passo del Giudice dell'Unione in sede di interpretazione del primato generalizzato del diritto dell'Unione sui diritti costituzionali nazionali** – la Corte di giustizia – a **ben leggere i contenuti e l'iter argomentativo seguito in questi orientamenti giurisprudenziali** – assume una interpretazione che (– in modo apparentemente contraddittorio con gli orientamenti che si vanno ora chiarendo –) parrebbe offrire una lettura meno radicale dei rapporti di supremazia generalizzata del **diritto dell'Unione sui diritti nazionali**.

²¹ Cfr. A. Ruggeri, "Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), relazione al *Workshop su Human Rights in European Criminal Law after the Treaty of Lisbon*, Messina 27 aprile 2013, ora in www.dirittifondamentali.it (11.11.2013).

²² Ult. op. cit., *passim*, *cui adde, almeno*, M. Cartabia, "Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale", *Foro it.*, 1997, pag. 222; A. Barbera, "Corte costituzionale e giudici di fronte ai 'vincoli comunitari': una ridefinizione dei confini?", in *Quaderni costituzionali*, 2007, n. 2; A. Barbera, "Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti", in P. Bilancia, E. De Marco, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2005, pag. 95.

Tale lettura, in particolare con riguardo alla disposizione relativa all'inciso dell'art. 51 della Carta, ove si limita l'efficacia della Carta in sede di applicazione della stessa negli ordinamenti nazionali (*"nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"*) – che forse meglio si comprenderebbe se si tenesse conto dell'interpretazione dell'art. 53 della Carta proposta dal Tribunale costituzionale spagnolo nel quadro del caso Melloni ed in particolare della lettura secondo cui l'art. 53 altro non farebbe che ribadire la disciplina dell'art. 51 della Carta con riguardo alla vigenza della stessa, oltre che nelle istituzioni dell'Unione, "negli Stati membri *esclusivamente* nell'attuazione del diritto dell'Unione" – non sembrerebbe aver convinto il Giudice dell'Unione con riguardo alla rappresentazione degli interessi coinvolti nella vicenda del mandato di arresto europeo (oggetto di rinvio pregiudiziale nel caso Melloni, appunto).

Rispondendo ad uno dei rinvii pregiudiziali del Giudice costituzionale spagnolo, così, il Giudice dell'Unione aveva modo di affermare la tesi della supremazia del diritto dell'Unione sul diritto costituzionale nazionale, assumendo come lesive del principio del primato del diritto dell'Unione altre possibili letture (così nel par. 58), sottolineando altresì che "[s]econdo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, *quand'anche di rango costituzionale*, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato" (par. 59)²³.

La questione, così, resta fattualmente e astrattamente posta tanto allo studioso di diritto costituzionale quanto a quello del diritto dell'Unione. Si tratta di una questione che era e resta centrale nell'analisi del processo di integrazione europeo e che, in passato, oltre che da una parte della dottrina, era stata convincentemente (per chi scrive) argomentata da una consolidata giurisprudenza

²³ Cfr. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61.

costituzionale (tedesca e italiana, ma non solo) in tema di controlimiti e che l'art. 4 del TUE avrebbe dovuto garantire con una giurisprudenza del Giudice del Lussemburgo capace di farsi carico delle identità costituzionali nazionali, nelle quali certamente sarebbero dovute rientrare le garanzie costituzionali nazionali in materia di principi fondamentali e di diritti fondamentali.

La Corte di giustizia non sembra tuttavia intenzionata a seguire un simile percorso teorico e argomentativo, motivando l'interpretazione dell'art. 53 della Carta²⁴ – disposizione che per come detto è centrale nell'architettura normativa del *multilevel constitutionalism* – come oggetto di un necessario 'condizionamento' ("a patto che") alle ragioni della non compromissione del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione. A giudizio della Corte, infatti, tale disposizione della Carta "conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, *a patto che* tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione" (par. 60).

La questione, letta nell'ottica dell'interesse rappresentato nel caso giudiziario (ora in esame) dall'imputato Melloni (a non essere consegnato alle autorità penali italiane in assenza di una garanzia di tale ordinamento a permettere la revisione di un processo che ha adottato la sentenza di condanna *in absentia*) è appunto quella di chiedersi se, da tale prospettiva, il costituzionalismo *multilevel* non si pieghi al primato generalizzato del diritto dell'Unione, evidenziandosi in tal modo una vera e propria funzionalizzazione delle esigenze di garanzia penal-processualistiche (e costituzionali) dell'ordinamento interno (nel caso specifico quello spagnolo) a quelle della integrazione europea e dunque della

²⁴ (oggetto del terzo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia del Tribunale costituzionale spagnolo).

garanzia dei “principi di fiducia e riconoscimento reciproci” fatti valere dalla Corte di Giustizia (par. 63).

Che il primato del diritto comunitario costituisca un principio fondamentale del diritto euronitario stesso è un *acquis* confermato almeno a partire dalla sentenza *Costa/Enel* (causa C-6/64); che la mancata **previsione nei ‘nuovi’ trattati della disposizione sul primato del diritto comunitario (prevista nell’art. I-6 del non ratificato Trattato costituzionale), surrogata, se così può dirsi, dalla previsione dell’art. 4 del TUE sulle identità politiche e costituzionali nazionali) non alteri “in alcun modo l’esistenza del principio stesso e la giurisprudenza della Corte di Giustizia”** (– secondo quanto si legge nel parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): **“Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007”** –), è tesi quanto meno opinabile, in ragione della chiara opzione dei ‘nuovi’ trattati in favore della positivizzazione normativa, a livello eurounitario, delle identità politiche e costituzionali nazionali, che non può non comportare un conseguente *revirement* della propria risalente giurisprudenza da parte della Corte di giustizia²⁵.

Cionondimeno non può sottacersi (come spazio di una ricerca teorica ancora da approfondire, ma i cui termini di fondo appaiono già ragionevolmente prefigurati) un possibile percorso suggerito alla Corte di Giustizia nel caso Melloni **dall’Avvocato Generale, quando si faceva osservare che “[o]ccorre (..) distinguere** i casi in cui esiste, a livello di Unione, una definizione del grado di protezione che deve essere accordato a un diritto fondamentale in sede di attuazione di

²⁵ **“Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All’epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (*Costa c ENEL*, 15 luglio 1964, causa 6/641) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt’oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l’esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia” (Documento 11197/07 (JUR 260): “Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007”). Una Dichiarazione e un parere – come si può osservare – che richiamano e confermano un orientamento pacifico in dottrina, lasciando aperte le sole questioni poste dalla giurisprudenza in materia di ‘controlimiti’ circa la discussa piena prevalenza del diritto dell’Unione sui principi e sui diritti fondamentali nazionali!**

un'azione dell'Unione rispetto a quelli in cui detto livello di protezione non è oggetto di una definizione comune”.

Una possibile lettura di tale indirizzo – quello cioè del riconoscimento delle garanzie UE sulla base di uno *standard* più elevato rispetto a quello nazionale (che astrattamente non è irragionevole prevedere, soprattutto in ambiti normativi poco frequentati dalla positivizzazione costituzionale, come ad es. nella materia del bio-diritto) – sembrerebbe non precludere ai giudici nazionali degli Stati membri (ed in questo consisterebbe l'apertura della Corte di Giustizia, di cui si è detto in precedenza) una possibile soluzione dei dubbi interpretativi in materia di diritti fondamentali con il ricorso alla interpretazione conforme al diritto UE, che lascerebbe comunque nelle loro mani la soluzione al dubbio circa la necessità di sollevare la pregiudizialità comunitaria, soprattutto nelle (più complesse) ipotesi di doppia pregiudizialità²⁶. Si tratterebbe, in altri termini, del controllo diffuso di comunitarietà con le luci e le ombre che lo stesso prefigura, con particolare riguardo ai rischi (non astratti) di elusione costituzionale.

Se cogliamo in modo più approfondito gli interessi in gioco, alla luce dei differenziati parametri normativi, nella vicenda Melloni, ne emerge (in modo piuttosto chiaro) come la questione centrale sia appunto quella di sapere se non risulti discutibile nel merito la tesi per la quale l'ordinamento dell'Unione, per come letto dalla Corte di Giustizia, appresti garanzie all'imputato più efficaci rispetto a quelle che non gli siano assicurate dalla piena vigenza nei suoi confronti dalle disposizioni dell'ordinamento penal-processuale interno e dalle stesse garanzie costituzionali che esso assicura. Considerata dalla prospettiva garantistica dell'ordinamento penale spagnolo una simile valutazione non appare irragionevole. Se considerata dalla prospettiva dell'ordinamento italiano, probabilmente, la risposta porterebbe ad affermare la preponderanza delle garanzie penal-processuali interne (rispondendo, per l'imputato, ad uno *standard*

²⁶ Cfr. M. Cartabia, "Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale", in *Foro it.*, 1997, V, pag. 222 ss.

più elevato) rispetto a quelle assicurate dall'ordinamento dell'Unione e in particolare rispetto alle interpretazioni delle disposizioni accolte negli artt. 47 e 48 della Carta, pur ispirate – queste ultime – alle disposizioni della CEDU (rispettivamente all'art. 13 CEDU, la prima, e all'art. 6, parr. 2 e 3 della CEDU, la seconda).

La disciplina dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo (consentita dalla novellata disposizione UE in materia – art. 4 bis, par. 1, della decisione quadro 2002/584 –), per come letta dal Giudice dell'Unione priva gli Stati membri "della facoltà di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo" (par. 61). In tal modo, ad una disciplina di maggior favore per l'imputato, si viene ad operare una chiara sostituzione di un'altra disciplina che risponde a finalità in sé certamente ragionevoli – come il principio di fiducia e di riconoscimento reciproco fra gli Stati membri dell'UE – ma che comunque portano in evidenza una (discutibile) svalorizzazione delle garanzie costituzionali interne dell'imputato (nella fattispecie Melloni) e con essa l'affermazione di un primato/supremazia sulle stesse del diritto dell'Unione.

Le ragioni alla base di un simile indirizzo giurisprudenziale sono chiare nel contenuto argomentativo e proprio per questo pongono un problema teorico costituzionale meritevole ancora di discussione approfondita non solo in termini di teoria del diritto ma anche in termini di diritto costituzionale (e dei rapporti fra fonti del diritto interne e dell'Unione nelle materie nelle quali le Corti europee hanno opposto limiti alla supremazia generalizzata del diritto dell'Unione sul diritto interno). Le finalità perseguite dalla decisione quadro 2009/299, per come lette dal Giudice dell'Unione, sono quelle di "rimediare alle difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo, che derivano dall'esistenza, negli Stati membri, di differenze nella tutela dei diritti fondamentali". A tal fine, tale decisione quadro procede "ad un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*, che riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto

dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato d'arresto europeo" (par. 62).

D'altra parte, come argomenta conclusivamente e in modo stringente il Giudice eurounitario del caso Melloni, "permettere ad uno Stato membro di valersi dell'articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, *comporterebbe*, rimettendo in discussione l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, *una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare* e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro"²⁷. Di qui la decisione del Giudice dell'Unione: "L'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione" (par. 64).

Nella dottrina spagnola, non sono mancati interrogativi critici relativamente alla questione di sapere se le valutazioni del TC alla base del (primo) rinvio pregiudiziale in una vicenda che, in materia di estradizione, coinvolge direttamente la materia dei diritti fondamentali costituzionali (e in

²⁷ Per un primo commento di tale indirizzo giurisprudenziale, fra gli altri, in particolare, M. Iacometti, "Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo", in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013; N.L., "UE. Le sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-396/11, Radu e C-399/11, Melloni", in <http://www.osservatoriosullefonti.it>; S. Civello Conigliaro e S. Lo Forte, "Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia", in *Diritto penale contemporaneo*, 3/6, 2013.

particolare della garanzia del 'contenuto assoluto' del diritto di difesa, con riguardo specifico allo svolgimento di un processo *in absentia* dell'imputato), non fossero meritevoli di una maggiore riflessione sui parametri costituzionali disponibili da parte del giudice costituzionale.

Questo in particolare fu anche il contenuto di un'argomentata opinione separata del giudice costituzionale Cruz Villalòn, basata appunto sulla natura del "contenuto assoluto" del diritto fondamentale alla difesa effettiva dell'imputato cui si deve riconoscere anche "efficacia *ad extra*", "fungendo da parametro per la valutazione di violazioni indirette della Costituzione da parte dei pubblici poteri"²⁸ ed estendendosi come parametro ermeneutico anche oltre i confini nazionali, nel dialogo cooperativo "con gli altri Stati che condividano con la Spagna la medesima concezione dei diritti fondamentali"²⁹. Una valutazione – quest'ultima – che tiene in debito conto come, poco prima di adottare la sentenza Melloni, il Giudice costituzionale spagnolo (SSTC 199/2009, fj 4 e n. 183/2004, fj 3) avesse assunto la presenza fisica dell'imputato nel processo come contenuto "assoluto" del diritto alla difesa e ciò sulla base del parametro di cui all'art. 24.2 della Cost. spagnola e dell'art. 6.3 della CEDU, letto (anche) alla luce della giurisprudenza della Corte EDU³⁰.

L'iter argomentativo del TC muta in quanto – rispetto all'indirizzo seguito solo qualche anno prima (STC 199/2009), nel caso Melloni, mutano i parametri di riferimento, aggiungendosi – a quelli previgenti – le previsioni della Carta come

²⁸ Cfr. A. Aguilar Calahorra, "Riflessioni sul primo rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale costituzionale spagnolo", in *Osservatorio AIC*, gennaio 2014, par. 5 ss.

²⁹ Cfr. l'opinione separata di Cruz Villalòn alla sentenza n. 91/2000, fj 3.

³⁰ Avvalendosi della clausola di rinvio interpretativo (di cui all'art. 10.2 Cost. spagnola), il Giudice delle leggi spagnolo così argomenta: "l'art. 10, comma 2 rinvia, in quanto criteri interpretativi qualificati delle disposizioni costituzionali che riconoscono i medesimi diritti, con ciò esprimendo la coerenza del nostro ordinamento rispetto ai valori e agli interessi protetti da tali strumenti internazionali, unitamente alla volontà della nostra nazione di aderire ad un ordinamento internazionale che promuove la difesa e la protezione dei diritti come base irrinunciabile dell'organizzazione dello Stato" (STC n. 91/2000, fj 7).

nuova fonte che prende il posto delle garanzie accordate ai principi generali come le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e con esse motivando il **ricorso all'intervento interpretativo del Giudice del Lussemburgo, che peraltro ancora non aveva avuto modo di pronunciarsi sui contenuti interpretativi degli artt. 47 e 48 della Carta in casi omologhi a quello oggetto della causa.**

Successivamente saranno oggetto di riflessione le tre opzioni interpretative sollevate dal TC spagnolo nel suo (primo) rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione. **Rispetto a tali opzione interpretative, pare opportuno sottolineare, ai fini di queste brevi osservazioni, innanzitutto, come le stesse prendono atto della considerazione per cui il Giudice costituzionale spagnolo non ritiene di poter disporre di parametri interpretativi dell'art. 53 conformi al diritto primario dell'Unione (Carta) e che appaiono costituzionalmente compatibili con il livello (più elevato) delle garanzie accordate dall'ordinamento nazionale (penale e costituzionale);** in secondo luogo, tali opzioni consentono al Giudice costituzionale spagnolo di inserirsi nel dialogo fra le Corti europee, assunto dallo stesso come maggiormente soddisfacente rispetto alla prospettiva (ritenuta forse meramente) autoreferenziale del diritto costituzionale interno, ed infine gli consentono di **limitare l'interpretazione data della disposizione comunitaria da parte del Giudice dell'Unione alla fattispecie rappresentata dalle vicende giudiziarie oggetto degli atti di quella causa, nonché dai relativi rinvii pregiudiziali sollevati.**

Sia pure in modo condizionato al 'dialogo' avviato dal TC con i suoi tre quesiti pregiudiziali, rimane comunque prevalente, rispetto alla valutazione delle **disposizioni invocate come parametro per la risoluzione dell'antinomia nel caso in discussione (Melloni), una questione di rilievo eminentemente costituzionale, quella appunto della relazione fra fonti nell'ambito di un sistema separato ma integrato e cooperante. Una simile prospettiva, anche dall'ottica della dottrina spagnola, "rinvia al problema dei controlimiti e, dunque, all'eventualità di un conflitto costituzionale e, allo stesso tempo, imporrebbe una nuova analisi del significato e della portata dei principi di efficacia diretta e primato, oltre che,**

come ovvio, una precisazione del contenuto e della portata dei controllimiti **all'efficacia del diritto europeo: in una parola, si giungerebbe al cuore della questione dei rapporti tra Costituzione nazionale e diritto derivato dell'Unione.** In tale quadro, la sollevazione del rinvio pregiudiziale ben potrebbe essere intesa come adempimento preliminare rispetto alla verifica di una eventuale condotta **"ultra vires" da parte dell'Unione, come affermato dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella sentenza sul Trattato di Lisbona del 2 luglio 2010**³¹ e come confermato successivamente nella sentenza del 14 gennaio³².

La questione, tuttavia, merita ulteriori approfondimenti relativamente ai contenuti (e alle stesse tecniche seguite) del bilanciamento fra diritti fondamentali coinvolti nel caso giudiziario di volta in volta oggetto di rinvio pregiudiziale e di **corretta interpretazione dei trattati da parte del Giudice dell'Unione.**

Prescindendo in questa riflessione da un'analisi puntuale della giurisprudenza comunitaria che aveva portato ad una ricostruzione pretoria dei diritti fondamentali fin dai primi anni '70, e prescindendo dalla stessa analisi della prima giurisprudenza sui limiti opponibili nei rapporti fra ordinamento costituzionale interno e diritto comunitario, la riflessione può ora meglio limitarsi al richiamo di alcune delle più significative e recenti decisioni delle Corti europee nel bilanciamento fra beni costituzionali coinvolti dal processo di integrazione ordinamentale.

Per il tipo di bilanciamento operato fra diritti costituzionali nazionali, comunitari e convenzionali, fra tali decisioni meritano particolare attenzione per la loro portata costituzionale, oltre che comunitaria, (a metà degli anni 2000) i casi ***Omega* e *Schmidberger***, nei quali il Giudice **dell'Unione aveva già avuto modo di** bilanciare diritti fondamentali coinvolti nelle rispettive vicende oggetto dei rinvii pregiudiziali sollevati (nella prima con riguardo ai rapporti fra principio di dignità e

³¹ Così A. Aguilar Colahorro, "Riflessioni sul primo rinvio pregiudiziale ... cit., par. 6.

³² Su tale decisione cfr. G. Gerbasi, "Alla ricerca (unidirezionale o bidirezionale) dei labili confini fra competenze e fra Corti: la giurisprudenza costituzionale ceca e quella tedesca sull'accertamento della natura *ultra vires* degli atti dell'Unione europea", in *La cittadinanza europea*, n. 1/2014.

libertà economiche, e comunque con peculiare riguardo al limite di ordine pubblico previsto dall'art. 46 TCE e, nella seconda, con riguardo ai rapporti fra la libertà di espressione e di riunione pacifica e la libertà di circolazione delle merci), pervenendo in ambedue i casi – con generale apprezzamento della dottrina europea – alla tesi della piena compatibilità con i trattati eurounitari delle misure nazionali di garanzia del diritto di espressione e di partecipazione politica, come deroga al diritto comunitario.

Essendo chiamata a risolvere un problema di natura eminentemente costituzionale (questione già chiaramente posta nel caso *Tanja Kreil* fra divieto costituzionale di accesso delle donne al lavoro nell'esercito e divieto di discriminazione in base al genere – ma di cui non potremo ora parlare –)³³, la Corte di Giustizia ha ben chiaro come sia chiamata ad una "necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato e, in particolare,

³³ CGCE, sent. 11 gennaio 2000, C-285/98. Nell'argomentare la sua pronuncia con riguardo alla questione pregiudiziale sottoposta dal *Verwaltungsgericht* di Hannover, nell'ambito di una controversia tra la signora Kreil e la Repubblica Federale di Germania, a proposito del diniego di arruolare l'interessata nelle Forze armate federali per essere destinata al settore servizio di manutenzione, preliminarmente, la Corte comunitaria ammette, in via di principio, che il sesso possa costituire un requisito determinante per determinati posti (come quelli di sorvegliante e sorvegliante capo nelle carceri (sentenza 30 giugno 1988, causa 318/86, *Commissione/Francia*, *Racc.* pag. 3559, punti 11-18), per talune attività quali le attività di polizia esercitate in una situazione di gravi disordini interni (sentenza *Johnston*, punti 36 e 37) oppure per il servizio di talune unità combattenti speciali (sentenza *Sirdar*, punti 29-31). Tuttavia, "nel determinare la portata di qualsiasi deroga ad un diritto fondamentale, come quello alla parità di trattamento fra uomini e donne, occorre rispettare il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi giuridici generali sui quali è basato l'ordinamento giuridico comunitario. Il suddetto principio esige che siffatte limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze della pubblica sicurezza che sono determinanti per le condizioni di esercizio delle attività di cui trattasi" (p. 23). Tanto premesso, ne segue che anche a considerare il margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali, le stesse "non potevano, senza trasgredire il principio di proporzionalità, ritenere in generale che tutte le unità armate della Bundeswehr dovessero essere composte esclusivamente di uomini" (p. 29) ... "Ne consegue che la totale esclusione delle donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi non rientra nell'ambito delle disparità di trattamento che l'art. 2, n. 3, della direttiva consente ai fini della protezione della donna (p. 31). La questione pregiudiziale va quindi risolta nel senso che la direttiva osta all'applicazione di disposizioni nazionali, come quelle del diritto tedesco, che escludano in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi e che ne autorizzino l'accesso soltanto ai servizi di sanità e alle formazioni di musica militare" (p. 32).

il problema della portata rispettiva delle libertà di espressione e di riunione, garantite dagli artt. 10 e 11 della CEDU, e della libera circolazione delle merci, quando le prime sono invocate quali giustificazioni per una limitazione della **seconda**" (§ 77).

Nell'interpretare i trattati rispetto ai quesiti sollevati dalla competente autorità austriaca, la Corte di Giustizia non ha dubbio di assumere come non incompatibile con le previsioni dei Trattati CE (art. 30 e 34, letti in combinato **disposto con l'art. 5 del** medesimo Trattato), il comportamento delle autorità austriache che non avevano vietato una manifestazione promossa da associazioni ambientaliste (nelle circostanze di cui alla causa, si trattava della interruzione **dell'autostrada del Brennero in territorio austriaco**) al fine di assicurare la libertà di espressione e di riunione (garantite dagli artt. 10 e 11 della CEDU), ancorché anch'esse **"soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale"** (§ 79).

Nel risolvere il conflitto, la Corte di Giustizia sembra atteggiarsi a ragionare come le Corti costituzionali nazionali ma, nel farlo, non può che considerare **l'esigenza di una proporzionalità che tenga in considerazione la natura e la portata dei diritti in gioco nonché la considerazione secondo cui questi ultimi non possono ambire (come nel costituzionalismo nazionale) alla natura e alle garanzie proprie delle "prerogative assolute", dovendo essere considerati alla luce della loro funzione sociale.** Ne consegue, secondo la valutazione della Corte di **Giustizia, che "possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati"** (§ 80).

Il criterio seguito risponde pertanto ad un bilanciamento tra interessi oggetto della causa e riguardati con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, dunque verificando che sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali

interessi in gioco. Non sembrerebbero necessarie molte argomentazioni per sottolineare come un simile bilanciamento risulti fortemente limitato se comparato con le ricchezze argomentative offerte dalle Corti costituzionali nazionali nel motivare il bilanciamento seguito, dipendendo il Giudice comunitario, **di conseguenza, molto più dalla fattispecie fattuale che dall'assetto normativo** attingibile alla gerarchia fra le fonti normative.

Anche nella sentenza *Omega*, il Giudice dell'Unione, interrogandosi sulla ricevibilità della questione pregiudiziale sollevata, e più precisamente **sull'applicabilità delle norme del diritto comunitario relative alle libertà fondamentali nella controversia sul cd "omicidio simulato" mediante apparecchi di puntamento a raggi laser commercializzati dalla Omega**, sottolinea come spetti **"unicamente" ai giudici nazionali aditi nella singola causa di valutare sia la** necessità di una pronuncia in via pregiudiziale per statuire nel merito della causa sia la pertinenza delle questioni sottoposte alla Corte. La risoluzione della **questione sollevata porta il Giudice comunitario ad assumere che "il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana"** (§ 40).

A questa decisione perviene ricordando la risalente giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali, individuati come parte integrante dei principi generali del diritto, la loro conferma nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi **alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, e** in particolare della CEDU. La dignità umana rientra senza dubbio fra le finalità perseguite dal diritto comunitario, né rileva in proposito che in Germania la dignità goda di un particolare *status* costituzionale, **"in quanto diritto fondamentale autonomo"**. Nell'*iter* argomentativo seguito dal Giudice dell'Unione, così, ne consegue che – imponendosi il rispetto dei diritti fondamentali sia alla

Comunità che ai suoi Stati membri – **“la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi” (§ 35).**

Se nella giurisprudenza fin qui richiamata il bilanciamento coinvolge in **modo prevalente le Corti costituzionali nazionali e il diritto dell’Unione**, e comunque se in tale bilanciamento non sempre è dato cogliere (almeno agevolmente) il criterio ermeneutico seguito nella disciplina delle possibili **restrizioni opponibili ai diritti fondamentali in quanto “prerogative assolute” alla luce del diritto dell’Unione**, indicazioni più chiare sembrano emergere da una giurisprudenza più recente, a partire dalla metà degli anni 2000 (Tribunale di primo grado delle Comunità europee, nelle sentenze *Yusuf* (T-306/01) e *Kadi* (T-315/01), nella quale (ma anche in sentenze successive) pare emergere, come è **stato già sottolineato, una vera e propria “gerarchia fra i diritti fondamentali”**³⁴, ancorché discutibile negli esiti in assenza di parametri positivizzati di riferimento³⁵.

In una riflessione sulle più significative linee evolutive di questa **giurisprudenza nelle tappe antecedenti i ‘nuovi’ trattati UE** – in una fase pertanto nella quale il criterio ermeneutico deve fare riferimento al bilanciamento fra principi, piuttosto che fra disposizioni positive di disciplina in materia di diritti – un

³⁴ “... discendente dal fatto che un ristretto numero di essi è oggetto di norme internazionali cogenti ... tali diritti, quindi, vanno considerati come *“intransgressible principles”*, cui va riconosciuto carattere di inviolabilità nei confronti di tutti i soggetti dell’ordinamento internazionale” (così A. Tancredi, “La tutela dei diritti fondamentali “assoluti” in Europa: *“it’s all balancing”*, in *Ragion pratica*, 29 dicembre 2007, pag. 388, il quale, dall’*“ineguale bilanciamento operato tra interessi di sicurezza e diritti individuali”*, trae la conseguenza che *“l’unico margine di manovra che rimarrebbe al giudice comunitario sarebbe quello di stabilire quali siano i diritti assoluti, oggetto di norme cogenti, di cui deve assicurare il rispetto (o – volendo ritenere che il “nucleo essenziale” di ogni diritto sia inviolabile – entro quali limiti la compressione non incida sullo stesso) e, quale sia, nel caso di specie, il loro contenuto”*, pag. 389. Un programma, come si vede, sufficientemente complesso e forse di impossibile realizzazione quando si rifletta sul dibattito in materia aperto nella dottrina costituzionale a partire almeno dagli anni ‘60).

³⁵ Cfr. B. Conforti, “Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di prima istanza”, in *Diritto dell’Unione europea*, 2006, 11.

richiamo a parte va fatto a proposito del ruolo, esplicitamente richiamato dall'art. 6 del TUE, delle convenzioni internazionali quale parametro utilizzato dalla Corte comunitaria nella protezione dei diritti fondamentali e fra queste, in particolare, della CEDU, ove (nei suoi artt. 8.2, 9.2, 10.2, e 11.2) è sancita la derogabilità alla tutela dei diritti fondamentali nei soli limiti del rispetto dei principi di legalità e di necessità in una società democratica.

La questione – almeno fino alla formale conclusione del procedimento di adesione dell'Unione alla CEDU – deve essere affrontata in ragione della non astratta ipotesi che si determini una discordanza nella tutela dei diritti fra l'ordinamento comunitario e i diritti tutelati dalla CEDU, come, peraltro, si è già osservato a proposito delle stesse 'tradizioni costituzionali comuni', come, fra l'altro, è dato osservare nella nota giurisprudenza *Matthews c/Regno Unito* (del 18 febbraio 1999) della Corte EDU, la quale assume di poter sanzionare il rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU con riferimento ad atti interni di attuazione del diritto comunitario (nella fattispecie del diritto britannico), pur dopo aver osservato come "gli atti delle Comunità europee non possono essere impugnati come tali davanti alla Corte, perché la Comunità in quanto tale non è parte contraente"³⁶.

Allo stato, fra i sistemi giudiziari comunitari, sussiste comunque un "modus operandi" in forza del quale le Corti costituzionali e gli organi della Corte dei diritti dell'uomo ... (fanno) credito (alla Corte di giustizia) ed alla capacità di questa di assicurare una tutela soddisfacente dei diritti fondamentali"³⁷.

Cionondimeno, i problemi del coordinamento e dell'armonizzazione giurisprudenziale tra tali Corti rimangono aperti, includendosi in tale affermazione la stessa questione della c.d. "protezione equivalente e sufficiente" accordata dal

³⁶ Sul punto cfr. anche, fra gli altri, L.S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002 (e in particolare il contributo di B. Conforti, "La Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la Convenzione europea dei diritti umani", pag. 13).

³⁷ Cfr. E. Pagano, "I diritti fondamentali ... cit.", pag. 180; G. Gaja, "Gli atti comunitari dinnanzi alla Commissione dei diritti dell'uomo: di nuovo Solange?", in *Riv. dir. int.*, 1990, pag. 388.

Giudice di Strasburgo³⁸. Alcuni anni dopo la nota sentenza *Matthews* (18.02.1999)³⁹, sia pure con una decisione criticata, in ragione dell'assunzione del parametro della Convenzione quale *standard* minimo comune inderogabile nella protezione dei diritti, l'affermazione del principio della 'protezione equivalente e sufficiente' viene ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella successiva sentenza *Bosphorus c/Irlanda* (n. ric. 45036/98 del 30.06.2005)⁴⁰, con riferimento alla violazione dell'art. 1 del Protocollo integrativo della CEDU da parte di atti nazionali adottati in applicazione di norme comunitarie. Nella ricostruzione del parametro comunitario, il Giudice di Strasburgo si richiama, fra l'altro, alla nota giurisprudenza comunitaria in tema di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, all'art. 6 del TUE, nonché alla stessa Carta di Nizza (art. 52.3) e al TCE (del 29 ottobre 2004), oltre che alla disposizioni dell'art. 5 e 189 del TUE.

Tanto richiamato, la Corte EDU può ricordare come, a partire dalla sentenza *Francovich c/ Italia*⁴¹, la Corte comunitaria "ha esteso la responsabilità

³⁸ Per un primo commento di tale giurisprudenza cfr. anche G. Repetto, "La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al *solange* non c'è mai fine", in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it> (27/07/2005). Una lucida analisi sul punto è svolta da A. Barbera, "Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti", in P. Bilancia e E. De Marco, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2005, pag. 95 ss.; cui *adde* anche i contributi di B. Randazzo e A. Guazzarotti, in *Riv. di dir. pub. comunitario*, 2002, 6.

³⁹ Nel caso *Matthews c/Regno Unito* (del 18 febbraio 1999), la Corte EDU sanziona il rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU con riferimento ad atti interni di attuazione del diritto comunitario (nella fattispecie del diritto britannico), dopo aver osservato come "gli atti delle Comunità europee non possono essere impugnati come tali davanti alla Corte, perché la Comunità in quanto tale non è parte contraente".

⁴⁰ Con la sentenza *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret c. Irlanda* (del 30 giugno 2005, ric. 45036/98), la Corte di Strasburgo assume che l'ordinamento comunitario garantisce un livello di tutela dei diritti fondamentali equivalente a quello garantito dalla CEDU (e che nella fattispecie sottoposta al suo esame non sussiste alcuna insufficienza manifesta di tale protezione). Per un primo commento della sentenza cfr. anche A. M. Romito, "Il caso *Bosphorus* e il principio di protezione equivalente dei diritti fondamentali tra CEDU e diritto comunitario", in *Sud in Europa*, 2009, n. 2.

⁴¹ *Francovich c. Italia* (causa C- 6 & 9/90). Come si fa bene osservare (M. Balestra, "Il principio di effettività ed il rimborso negato: la corte di giustizia "condanna" la corte di cassazione", in *Diritto e diritti*, 2004), la sentenza *Francovich* costituisce "l'espressione più compiuta del principio di effettività, in quanto sancisce la responsabilità degli Stati membri per omessa, incompleta o non corretta applicazione del diritto comunitario, offrendo al singolo una tutela di tipo risarcitorio". Lo stesso orientamento è seguito in *Brasserie du Pêcheur SA c. Germania* (cause C-46 & 48/93) in cui, la Corte di Giustizia precisa che "la responsabilità dello Stato sussiste in presenza di qualsiasi

dello Stato all'insieme degli atti e delle omissioni delle autorità nazionali (legislative, esecutive e giudiziarie) assunti in violazione del diritto comunitario, a condizione che siano soddisfatte le condizioni di responsabilità" (§ 95).

Dovendo – la Convenzione – essere interpretata in modo che gli Stati possano rispettare i loro obblighi internazionali e in modo che non sia ostacolata l'intensificazione della cooperazione internazionale, per il Giudice di Strasburgo, ne segue che l'unico problema da risolvere rimane quello della natura discrezionale o meno dell'obbligazione assunta dagli Stati medesimi. Così ricostruita la fattispecie, non vi è dubbio, per la Corte EDU, che "non contrasta alla Convenzione l'adesione da parte di uno Stato ad una organizzazione internazionale (nella specie la CEE) nella quale le sia richiesto di accollarsi altre obbligazioni a condizione che in questa organizzazione i diritti dell'uomo ricevano una *protezione equivalente* a quella accordata dalla Convenzione" (§ 108).

La Corte EDU, in tale modo, ha stabilito che le Parti contraenti sono **responsabili, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione**, di tutti gli atti e le omissioni dei loro organi, tanto che gli stessi derivino dal diritto interno tanto che si fondino sulla necessità di adempiere ad obbligazioni giuridiche internazionali. Secondo la Corte, in tal senso, "una misura dello Stato adottata in esecuzione di tali obbligazioni deve ritenersi giustificata a condizione che sia accertato che l'organizzazione (internazionale) in questione riconosca ai diritti fondamentali (assumendosi sotto tale nozione, al contempo, le garanzie sostanziali e quelle procedurali) una protezione almeno equivalente a quella assicurata dalla Convenzione" (§ 155).

In tali condizioni, la Corte assume di poter considerare che "la protezione dei diritti fondamentali assicurata dal diritto comunitario è, ed era all'epoca dei fatti (di causa), "equivalente" a quella assicurata dal meccanismo della Convenzione. Nella sentenza *Bosphorus* ritroviamo, pertanto, "e per la prima

violazione di diritto comunitario dovuta ad atti o omissioni del potere legislativo, esecutivo e giudiziario".

volta”, un chiaro orientamento del Giudice di Strasburgo volto a “riappropriarsi del controllo sugli atti nazionali di attuazione del diritto comunitario”.

Nelle more di una soluzione che risolva il modo della “collocazione della CEDU ai vertici del sistema delle fonti”, con tutte le implicazioni problematiche sollevate dalla stessa Corte comunitaria, allo stato, rimane ancora aperta la sola strada – già bene sottolineata da una risalente dottrina⁴² ma anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale – dell’armonizzazione giurisprudenziale delle Corti nazionali e delle due Corti europee, grazie ad una *uniformis interpretatio* delle disposizioni della Convenzione.

È su questa base di dialogo fra le Corti che dovrà ancora fondarsi il ‘diritto comune delle libertà’ in Europa, una base che pare pienamente seguita dalla stessa Carta, che prevede espressamente che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non osta al diritto dell’Unione di concedere una protezione più estesa” (art. 52.3) e secondo la quale “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti nel rispettivo ambito di applicazione dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri” (art. 53).

La prassi applicativa, per come abbiamo già visto e per come vedremo ancora in seguito, tuttavia, lasciamo ancora aperti dei dubbi circa la *uniformis interpretatio*.

⁴² Cfr. F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, pag. 132. Nella dottrina di lingua francese, posizioni simili sono state espresse da F. Benoit-Rohmer, “Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution”, in *Révue trimestrielle de droit européen*, 2005 pag. 261 ss.

Le soluzioni accolte dagli ordinamenti nazionali, che assegnano alla CEDU la forza propria della legge ordinaria, impongono, pertanto, a livello nazionale, e nella direzione della valorizzazione della CEDU, un ricorso, da parte dei giudici, a **prassi proprie della "interpretazione costruttiva", in base alla quale il criterio della *lex posterior* non può essere applicato a detrimento delle garanzie offerte dalla CEDU, se non vi è nella *lex posterior* stessa l'espressa menzione della volontà di perseguire effetti, anche in contrasto con la CEDU, subendo lo Stato italiano le conseguenze derivanti sul piano internazionale dalla violazione della Convenzione"**⁴³.

Tuttavia, almeno in parte, tale giurisprudenza appare convincente quando si rifletta a quello che, a buona ragione, qualche anno fa, Ruggeri aveva definito il *punctum crucis* della questione ora in esame e cioè alla questione di sapere se, nella dinamica interordinamentale, il diritto comunitario trovi comunque e sempre un limite alla sua primazia in presenza di giudicati costituzionali, tanto che questi si pongano a garanzia dei principi e dei diritti fondamentali nazionali (giurisprudenza sui controlimiti), tanto che riguardino in generale le funzioni esercitate dalla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 137 Cost., che in questa ottica dovrebbe assumere la natura di vero e proprio principio supremo dotato di una forza "supercostituzionale"⁴⁴.

Ragioni sistemiche dovrebbero portare ad assumere che, in via generale, il giudicato costituzionale sia chiamato a svolgere una simile funzione di chiusura

⁴³ Cfr. F. Coccozza, *Diritto comune ... cit.*, pag. 134; L. Casseti, "Principi supremi e diritti fondamentali nel Trattato di Amsterdam", in *Gazzetta Giuridica*, 1999, n. 36, pag. 8. Sul punto cfr. le recenti sentt. nn. 348 e 349 del 2007, sulle quali cfr. anche, fra gli altri, A. Ruggeri, "La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologia-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007; O. Pollicino, "Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost e bilanciamento 'bidirezionale': evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?", in *Forum di Quaderni costituzionali*.

⁴⁴ Cfr. A. Ruggeri, "Le pronunzie della Corte costituzionale come 'controlimiti' alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario? (A margine di Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005)", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005.

nei confronti del processo di integrazione comunitaria e che pertanto il diritto comunitario non possa che fermarsi di fronte a tale giudicato espressivo **dell'autonomia costituzionale dell'ordinamento interno. Vero è che il giudicato costituzionale appare meritevole di considerazione nella concreta dinamica dell'interpretazione**, rispetto alla quale lo stesso giudicato, sulla base di diversi parametri invocati dal giudice *a quo*, potrebbe portare a diversi esiti, in ragione dei parametri costituzionali di volta in volta richiamati nel caso concreto. Cionondimeno non può negarsi che, **Corte locuta**, la soluzione delle antinomie, ivi **comprese quelle eventuali con l'ordinamento comunitario, dovrebbe ritenersi risolta**.

Ancora una volta, dunque, la questione che si pone e che appare senza risposte è quella relativa alla ricerca delle soluzioni normative più adeguate alla riconciliazione dei due ordinamenti, fra di loro in tensione dinamica, fra cui il dialogo fra Corti e il rinvio pregiudiziale, nelle more di una rivisitazione generale delle fonti di legittimazione costituzionale del diritto comunitario, rimangono al momento forme necessarie e probabilmente ineludibili. Insomma, come bene sottolinea Ruggeri, rileggendo il rapporto fra le due Corti alla luce della positivizzazione del mutuo riconoscimento degli ordinamenti (nazionali e comunitari) **proposto, a suo tempo, dall'art. I-5 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, "i conflitti fra le Corti rimangono pur sempre possibili ... nessun potere esclusivo, d'interpretazione 'autentica', sarebbe riconoscibile a beneficio degli uni o degli altri giudici, piuttosto ammettendosi l'eventualità di un libero confronto tra opzioni ricostruttive operate in seno ai due ordinamenti, nel corso di una partita *apparentemente* aperta ad ogni possibile esito"**⁴⁵.

Insomma, il cantiere della integrazione comunitaria restava (e tuttora resta) **aperto ad una operosa pratica, volta ad "agevolare la formazione di vere e proprie consuetudini interpretative, idonee a consolidarsi dunque in 'indirizzi' stabili di produzione-interpretazione giuridica, in forza dei quali gli enunciati**

⁴⁵ Ult. *op. cit.*, pag. 6.

costituzionali, in ambito europeo come pure in ambito nazionale, si volgono naturalmente gli uni verso gli altri, alimentandosi e rinnovandosi reciprocamente di senso (in modo circolare, appunto), e tendendo alla più ampia espansione e realizzazione, al servizio dei diritti di singoli e gruppi ed al fine del loro massimo, alle condizioni storicamente date, appagamento. Il che vale come dire che **nell'uno come nell'altro ordinamento sono sollecitate a prendere corpo delle pratiche di *interpretazione doppiamente conformi* ... che metodicamente e teoricamente s'ispirino al principio della mutua 'apertura', del reciproco 'fondamento' ... L'ipotesi, dunque, *che norme dell'Unione* (forse, pure principi fondamentali della stessa) *risultino incompatibili coi 'controlimiti'*, si da far **attivare la clausola di salvaguardia dell'identità costituzionale fissata nell'art. I-5** (ora art. 4 TUE), **non può**, per eccessivo ottimismo o disarmante ingenuità, **essere interamente scartata**. Ed allora è nuovamente da chiedersi quali tecniche di ripristino dell'armonia in seno alle relazioni tra gli ordinamenti possano essere messe in campo, tecniche che si ispirino alla clausola stessa e con essa dunque si mostrino, nei loro concreti sviluppi applicativi, pienamente coerenti. È evidente, infatti, come non ci si possa arrestare alla sola, inappagante conclusione precedentemente raggiunta secondo cui l'accertamento della violazione dei 'controlimiti' ... abbia luogo, ora in prima ed ora in seconda battuta, in questo o quell'ordinamento. Si tratta, infatti, di chiedersi da *chi* e con quali *effetti* l'accertamento stesso sia compiuto, in ragione appunto della ormai avvenuta *eupeizzazione* dei 'controlimiti' stessi, e quali esiti possano pertanto immediatamente, naturalmente **e discenderne**"⁴⁶.**

Tutto al contrario di assumere come "velleitaria" la natura dei 'controlimiti', dunque, come pure taluno aveva argomentato, dunque, alla luce del nuovo TUE, i 'controlimiti' della Corte costituzionale ritrovano un nuovo e più ampio orizzonte, dinamizzato dalla nuova ottica della integrazione comunitaria, ora arricchita da una Carta dei diritti idonea, molto più di quanto non lo fosse la primitiva

⁴⁶ Ult. *op. cit.*, pag. 7-8.

giurisprudenza comunitaria, a farsi garante di un ulteriore livello di garanzia dei diritti, *in unum* con gli *standard* più elevati (art. 53 TUE) agli stessi riconosciuti sia dalle Costituzioni nazionali sia dalle Carte internazionali e soprattutto dalla CEDU⁴⁷.

Ma come abbiamo visto e come dovremo ancora sottolineare in seguito, tale lettura dottrinarica non viene sempre accolta dal Giudice di Lussemburgo.

Con riguardo ai prevalenti orientamenti dottrinari relativi al rapporto fra protezione dei diritti costituzionali nazionali e diritti fondamentali europei, le **disposizioni dell'art. 6 del TUE nonché** quelle positivizzate nella Carta sono state **lette in un'ottica sistematica che consentirebbe tre principali conclusioni. Innanzitutto, l'affermazione di un principio che dovrà guidare l'interprete della indagine relativa ai rapporti fra Costituzione europea e Costituzioni nazionali rimane quello della "suddivisione dei rispettivi ambiti di operatività in base ad un principio di competenza, rimanendo ciascun ordinamento fondato e orientato su una propria Carta costituzionale"**⁴⁸. Nella ipotesi di intreccio e di sovrapposizione fra discipline dei diversi ordinamenti, la Costituzione europea gode di supremazia e prevalenza sulle Costituzioni nazionali. Tale supremazia, tuttavia, allorché tocca **l'ambito dei principi e dei diritti fondamentali dei singoli ordinamenti costituzionali**

⁴⁷ Per un'analisi sulle 'sorti' dei 'controlimiti', fra gli altri, cfr. almeno A. Ruggeri, "Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria della interpretazione", in P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti ... cit.*; A. Ruggeri, "Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)", in *Forum di Quaderni costituzionali*; A. Celotto e T. Groppi, "Diritto U.E. e diritto nazionale: *primauté* vs controlimiti", in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. Celotto e T. Groppi, "*Primauté* e controlimiti nel Progetto di Trattato costituzionale", in *Quad. cost.*, 2004, n. 4; M. Cartabia e A. Celotto, "La giustizia costituzionale dopo Nizza", in *Giur. cost.*, 2002; T. Groppi, "La *primauté* del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato", in *Astrid. Rassegna*, 2005, n. 13; F. Salmoni, "La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali", in AA.VV. (a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura), *La Corte costituzionale e le Corti ... cit.*; G. Azzariti, "La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo", in *Rass. dir. pub. eur.*, 2002; V. Onida, "Armonia tra diversi e problemi aperti, La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario", in *Quad. cost.*, 2003; A. Celotto, "L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)", in *Giur. It.*, 2005; S. Gambino, "Identità costituzionali nazionali e *primauté* euro-unitaria", in *Quad. Cost.*, 2013, n. 2.

⁴⁸ Cfr. M. Cartabia, "Unità nella diversità ... cit.

nazionali, lascia l'ultima parola alle Costituzioni nazionali e per esse ai relativi giudici costituzionali, in una sorta di "primato invertito"⁴⁹.

In questa ottica trova piena conferma quella lucida lettura che vede i 'controlimiti' non proporsi più come "un rigido muro di confine fra ordinamenti", bensì come "il punto di snodo, la cerniera dei rapporti tra UE e Stati membri", divenendo ormai gli stessi un elemento positivo e dinamico di integrazione fra gli ordinamenti, rispetto a cui i giudici dei due sistemi potranno meglio e più proficuamente ricostruire quel necessario dialogo fra le Corti e quella circolazione di giurisprudenza che avrà il suo riscontro, in ogni caso, con riferimento al livello di protezione più elevato, di volta in volta al caso concreto, "in un'applicazione *pro individuo* dello *standard di tutela comunitaria o nazionale che sia*"⁵⁰.

Muovendo verso riflessioni conclusive sul punto, inoltre, si ha modo di sottolineare come, con la positivizzazione dei diritti fondamentali dell'Unione, alla previgente funzione di mero limite all'adozione di atti comunitari (legislativi ed esecutivi) si accompagna ora anche una di tipo positivo, quella di costituire uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, capace di guidare lo stesso esercizio da parte delle istituzioni dell'Unione delle competenze loro riconosciute.

In questa ottica, benché non richiamata né del TC spagnolo né dal Giudice del Lussemburgo, con riguardo specifico alla vicenda giudiziaria del caso Melloni, sarebbe stato necessario il richiamo del parametro UE costituito dall'art. 82.2 del TFUE, in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale e di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, secondo la cui richiamata disposizione prevede che "l'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non

⁴⁹ Ult. *op. cit.* Sviluppando tale lettura, M. Cartabia (*I diritti in azione ... cit.*, pag. 57 ss.), tuttavia, manifesta più di una preoccupazione per quanto concerne la creatività giurisdizionale che la Corte comunitaria potrà sviluppare a partire dalla nuova previsione della Carta di Nizza/Strasburgo nel trattato di Lisbona. "È vero che la protezione dei diritti fondamentali è un compito principalmente giurisdizionale ma è vero anche che, talora, a proposito dei diritti fondamentali, si pone una questione di decisione che precede la stessa tutela", è la conclusione del saggio introduttivo al volume citato che rinvia anche alle "belle pagine" di A. Barbera, *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pag. 19 ss.

⁵⁰ Cfr. A. Celotto, "Una nuova ottica dei 'controlimiti' ... cit.", pag. 3.

impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di **tutela delle persone**⁵¹.

Così, se i diritti fondamentali hanno svolto fin qui una funzione quasi ancillare, in ragione delle esigenze connesse ai progressi della costruzione del **mercato comune europeo, il loro inserimento all'interno dei trattati ne disvela ora una nuova vocazione, capace di assicurare maggiore linfa e smalto a concetti ugualmente centrali nel processo di costruzione europea, come la cittadinanza dell'Unione o il significato della reciproca fiducia tra gli Stati *in uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia*** (art. 67 TFUE)⁵².

In tale nuovo quadro, i diritti fondamentali non costituiscono un mero limite, imposto all'azione delle istituzioni europee o degli Stati membri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Al previgente obbligo (di non violare i diritti fondamentali) imposto alle istituzioni e agli organi dell'Unione, come anche agli Stati membri in sede di attuazione del relativo diritto, ne segue ora uno di tipo promozionale, secondo cui *"i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze"* (art. 51.1 Carta).

3. Costituzionalismo sociale e giurisprudenza eurounitaria: quale bilanciamento fra diritti costituzionali sociali e libertà economiche garantite dai trattati?

La positivizzazione dei diritti fondamentali dell'Unione, per come si è già osservato, pone importanti questioni relativamente al primato del diritto dell'Unione nella stessa materia dei diritti fondamentali sociali alla luce delle Carte

⁵¹ "Ecco, dunque, la norma "comune" che avrebbe consentito la risoluzione del caso, per di più contenuta in un atto di diritto primario", è l'affermazione sconsolata con cui si chiude una valutazione nettamente critica dei limiti del TC spagnolo nel determinarsi al rinvio pregiudiziale con riguardo al caso Melloni (così. A. Aguilar Calahorra, "Riflessioni sul primo rinvio pregiudiziale ...

⁵² Cfr. L. Moccia, "La 'cittadinanza europea' come 'cittadinanza differenziata' a base di un sistema 'multilivello' di diritto privato" (Convegno internazionale Il diritto privato regionale nella prospettiva europea, Macerata, 30 settembre-1 ottobre 2005), in www.astrid-online.it

costituzionali nazionali, del diritto dell'Unione, nonché del 'dialogo' fra le Corti europee e fra queste ultime e le Corti costituzionali nazionali.

Nel quadro evolutivo del costituzionalismo sociale del secondo dopo-guerra nei Paesi europei, nel quale i diritti sociali sono previsti come condizione **costitutiva del principio costituzionale dell'eguaglianza (eguaglianza sostanziale)**, ci si è chiesti in dottrina se, in materia, si possa effettivamente parlare di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, per come ha sottolineato la **CGCE, a partire dalla sua giurisprudenza dei primi anni '70 (Stauder, Internationale Handelsgesellschaft, Nold)**⁵³. La risposta che ne è stata data sottolinea che, soprattutto in materia dei diritti fondamentali sociali, non esiste una tradizione costituzionale che possa dirsi effettivamente comune a tutti gli **Stati membri dell'Unione**.

L'analisi comparatistica riconosce, infatti, modelli differenziati di positivizzazione dei diritti sociali sia attraverso previsioni specifiche di disposizioni **all'interno delle Carte costituzionali sia nell'ambito delle legislazioni nazionali**. Sotto tale profilo, si potrebbe osservare che non esiste una vera e propria tradizione costituzionale comune in materia di diritti sociali che possa essere colta come ideal-tipica del costituzionalismo europeo post-bellico⁵⁴.

⁵³ Cfr. G. De Vergottini, "Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea", in AA.VV., *Identità europea e tutela dei diritti. Costituzione per l'Europa e interesse nazionale*, Soveria Mannelli, 2005.

⁵⁴ Cfr. J. Iliopoulos Strangas (a cura di), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, 2000; I.J. Baquero Cruz, "La proteccion de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam", in *Revista de derecho comunitario europeo*, 1998, 4; S. Sciarra, "La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law", *IWP (Università di Catania)*, 2003, n. 16; R. Greco, "Il modello sociale della Carta di Nizza", in G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti ... cit.*; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012; S. Giubboni, "I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza", in *Il diritto dell'U.E.*, 2003, nn. 2-3; C. Salazar, "I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un 'viaggio al termine della notte'?", in G. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001.

Se poi si passa a riflettere sulla evoluzione **del diritto (primario) dell'Unione** in tema di diritti sociali, è dato osservare una lenta evoluzione in materia, che ha portato, prima, al riconoscimento dei diritti sociali secondo le formule affievolite di talune Carte sociali (del 1961 e del 1989), approdando, in seguito, sia pure **nell'ambito della previsione di una 'politica sociale europea'**, alla « **presa d'atto** » della esistenza dei diritti sociali (art. 151 TFUE), ed infine, pervenendo, con la loro incorporazione (sostanziale) nei nuovi trattati, alla positivizzazione nelle forme **ora accolte dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.**

Con i 'nuovi' trattati, dunque, si registra una positivizzazione dei diritti fondamentali sia della tradizione liberale classica sia del più recente costituzionalismo sociale. Ciò sia attraverso le previsioni della Carta dei **diritti fondamentali dell'Unione, sia attraverso le garanzie dei diritti fondamentali previste dalla CEDU (che fanno parte del diritto dell'Unione come principi generali, almeno fino al perfezionamento dell'adesione dell'Unione), sia attraverso la** garanzia dei diritti previsti e garantiti da singole disposizioni in materia accolte nei trattati. Rimane comunque confermato, in tale ottica, che i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati secondo le disposizioni generali del titolo VII della Carta, e te, al contrario, sono ben presenti tenendo in conto le **'Spiegazioni'** a cui si fa riferimento nella Carta medesima. Per come si è già osservato, in tale **quadro, l'art. 53 della stessa statuisce il criterio per l'individuazione del parametro di protezione più elevato per l'individuo all'interno delle diverse Carte disponibili nel quadro del *multilevel constitutionalism.***

Nel merito delle differenziate fonti che si pongono alla base della protezione dei diritti sociali nella stessa materia delle libertà economiche, tuttavia, è indubbio come un vero e proprio confronto non possa farsi fra le **garanzie previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e quelle assicurate dalle** Carte costituzionali nazionali e dalle connesse protezioni delle giurisdizioni costituzionali. Lo si vedrà meglio successivamente al momento di riflettere sul rapporto fra diritti sociali e mercato. Per il momento può dirsi, con qualche **fondatezza, che, con i 'nuovi' trattati, si registra una positivizzazione dei diritti**

fondamentali e che i cataloghi di tali diritti non corrispondono ai cataloghi sanciti nelle Costituzioni nazionali. Rispetto a queste ultime, inoltre, nella Carta difettano quei principi fondamentali che, al contrario, sono ben presenti nelle Costituzioni nazionali, proponendosi come criterio ermeneutico per le (interpretazioni sistematiche cui possono ricorrere le) giurisdizioni costituzionali nazionali. Nel bilanciamento fra le diverse protezioni previste in materia di diritti fondamentali europei, il Giudice dell'Unione si viene in tal modo a trovare di fronte a diritti considerati tutti come parimenti fondamentali, rimettendosi di conseguenza il relativo, concreto, bilanciamento al giudice del singolo caso giudiziario, secondo un principio di proporzionalità che, in modo non certo irragionevole, per tale motivo, attenta dottrina ha ritenuto di poter qualificare come "invertibrato"⁵⁵.

In breve, anche nell'ottica delle nuove disposizioni in materia di diritti sociali accolte nei nuovi trattati, siamo ancora molto vicini alle deboli forme di protezione dei diritti sociali, laddove l'art. 151 del TFUE prevede che "l'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivo la promozione della occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro la emarginazione". Il quadro normativo europeo, in tal modo, resta ancorato ad una evoluzione molto lenta (e gracile) del diritto dell'Unione verso politiche di sviluppo e di coesione compatibili con i diritti, della cui protezione occorrerà ora interrogarsi, più in particolare, circa la prevalenza del diritto costituzionale interno o di quello primario dell'Unione nell'ipotesi di situazioni antinomiche e di discipline

⁵⁵ Cfr. G. Azzariti, "Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea", in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012; Id., "Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza", in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; Id., *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003, 3.

normative, nel fondo, asimmetriche (fra garanzia delle libertà eurounitarie di circolazione delle merci, dei capitali e delle persone, da una parte, e garanzie costituzionali accordate ai lavoratori in quanto soggetti deboli, rispetto al datore di lavoro, e in tale ottica alle libertà sindacali, al diritto di contrattazione collettiva e al diritto di sciopero, che avevano portato la Corte costituzionale italiana, in una **sentenza del 1974 (n. 290), a dichiarare "l'illegittimità costituzionale dell'art. 503 del codice penale nella parte in cui punisce anche lo *sciopero politico* che non sia diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare")**).

Per quanto concerne il ruolo della giurisdizione europea e quello della **garanzia dell'effettività dei diritti sociali**, la dottrina comunitaria, quella costituzionale e soprattutto quella giuslavoristica da tempo sottolineano che almeno taluni diritti sociali in materia gius-lavoristica conoscono gli effetti della **"infiltrazione" da parte del diritto della concorrenza e del mercato** che ne altera significativamente la consistenza.

I 'nuovi' trattati, in breve, mostrano che siamo ancora in presenza di forme deboli di protezione dei diritti sociali, le quali risultano, nel complesso, poco comparabili con le tradizioni e le previsioni costituzionali europee più avanzate. Il quadro, pertanto, restava e resta ancorato ad una evoluzione **istituzionale (e politica) dell'Unione molto lenta verso le politiche di sviluppo e di coesione compatibili con la garanzia di effettività dei diritti**.

In una prima considerazione conclusiva, a titolo di esemplificazione, **potremmo sottolineare che l'art. 20 della Carta dei diritti in materia di eguaglianza**, nel fondo, costituisce un significativo arretramento del dibattito e delle garanzie secondo gli **standard** più elevati assicurati dalle costituzioni europee contemporanee. In una simile valutazione critica, è da considerare lo spazio importante accordato alla giurisdizione comunitaria e a quella convenzionale. Nello sviluppo di tali giurisprudenze, le Corti europee, ma soprattutto la CGCE, potranno forse operare una nuova e più significativa spinta

in avanti nella materia dei diritti fondamentali, che ora risulterebbe maggiormente motivata alla luce dei nuovi parametri positivizzati in materia di **diritti fondamentali dell'Unione**.

Il quadro normativo comunitario in materia di diritti sociali, tuttavia, solleva molteplici perplessità, sia per quanto riguarda la disciplina positiva di tali peculiari situazioni giuridiche dalla natura pretensiva, sia per quanto concerne **l'estensione alle stesse della medesima natura di diritti inviolabili e pertanto di principi supremi costitutivi dell'ordinamento democratico, sia, ed infine, per quanto riguarda l'effettiva loro 'giustiziabilità'**. Ma prima ancora, tale quadro solleva la centrale questione della natura e dei corrispondenti contenuti normativi dei principi fondamentali cui lo stesso s'ispira.

All'interno di tale quadro, si pone, infatti, l'interrogativo sull'esistenza di un qualche raccordo fra principio di eguaglianza formale e principio di **eguaglianza sostanziale, come avviene all'interno delle tradizioni costituzionali comuni più avanzate degli Stati membri dell'Unione**. Si pone, parimenti, il quesito se i diritti sociali comunitari, (soprattutto) per come riconosciuti nella Carta dei diritti e delle libertà fondamentali, si limitino a far proprio e a dare attuazione al principio di eguaglianza, inteso nel senso originario di divieto di discriminazione fra i soggetti o se, piuttosto, non si conformino (facendolo proprio) anche a quello di eguaglianza sostanziale posto a base del costituzionalismo europeo del secondo dopo-guerra, coinvolgendo in tale ottica la questione della copertura **della spesa e pertanto dell'esistenza in capo** alla UE di una competenza in materia che non risulti lesiva della competenza costituzionale di ogni singolo Stato membro.

Richiamando infine (a mo' di riflessioni conclusive) il tema della **giurisdizione nonché quello dell'effettività della tutela giudiziaria** delle pretese giuridiche dei soggetti, può osservarsi come le recenti evoluzioni nel processo d'integrazione europea (e per un tempo ancora rilevante, probabilmente, lo stesso futuro del diritto europeo) appaiano ancora destinate a una valorizzazione

ulteriore del sistema giurisdizionale, al cui interno potrà assistersi (in modo pressoché inevitabile) ad un nuovo protagonismo sia della Corte di Giustizia **dell'Unione Europea che dei giudici nazionali. Tale protagonismo potrà esprimersi** sia nella fase ascendente, di adizione al Giudice comunitario da parte del giudice nazionale (ed ora dello stesso Giudice costituzionale, come osserveremo in **seguito) attraverso lo strumento del 'rinvio pregiudiziale', che avrà ora nuove e** più complesse disposizioni su cui esercitarsi, sia, e soprattutto, nella fase discendente, con riferimento alla disapplicazione del diritto interno per contrasto **con la normativa dell'Unione, ora composta sia da disposizioni che sanciscono 'principi' sia da disposizioni di garanzia dei diritti.**

Quanto ai rapporti fra diritto dell'Unione e diritto interno – e in tale quadro **alla disapplicazione del diritto interno per contrasto con la disciplina dell'Unione in** materia di diritti – in realtà, non sembrerebbero sussistere dubbi di pregio; disponiamo, infatti, di una giurisprudenza risalente e più che consolidata. Dalle sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa/Enel* in poi, la prevalenza e la diretta **applicabilità del diritto dell'Unione nell'ambito del diritto interno costituiscono** principi pienamente affermati, e riconoscibili come un (pienamente conseguito) *acquis* comunitario⁵⁶, con la sola eccezione (pur dibattuta, per come si è già visto) **dei controlimiti opponibili a protezione delle 'identità nazionali (politiche e costituzionali)' e più in particolare a garanzia dei principi e dei diritti inviolabili della Costituzione.**

Nell'ottica specifica di questa analisi appare ora opportuno richiamare le tematiche relative ai rapporti fra tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, specifiche loro previsioni di protezione di diritti fondamentali (in particolare del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva in quanto **diritti fondamentali sociali) e diritto/giurisprudenza dell'Unione. Lo faremo citando a mo'** di esempio alcune recenti sentenze della CGCE che sottolineano una evidente asimmetria fra libertà economiche e diritti sociali per come previsti nelle garanzie

⁵⁶ Cfr. C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

assicurate dai principi e dalle disposizioni del diritto dell'Unione e dalle specifiche protezioni costituzionali nazionali. Tradizioni costituzionali – queste ultime – che l'art. 4 dei 'nuovi' trattati dell'Unione sancisce debbano essere 'rispettate'.

Nell'ambito di quest'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia si possono richiamare alcune sentenze che sono state già bene approfondite dalla dottrina gius-lavoristica⁵⁷, da quella costituzionalistica e da quella comunitaristica (sentenze *Viking*⁵⁸, *Laval*⁵⁹, *Rüffert*⁶⁰ e *Commissione c. Repubblica federale di Germania*⁶¹). Tali sentenze, a loro volta, evidenziano lo sviluppo di una (significativa) tendenza evolutiva del costituzionalismo europeo verso la giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale, in un'ottica che sembra valorizzare un approccio da *common law* piuttosto che da *civil law*.

Con riguardo a tali interrogativi, la dottrina italiana, nel sottolineare la richiamata asimmetria fra tradizioni e garanzie costituzionali degli Stati membri e **cultura/garanzie del diritto primario dell'Unione**, osserva come una simile asimmetria fra la garanzia delle libertà economiche accolta nei trattati e i diritti fondamentali sociali delle Costituzioni nazionali ritrova i suoi limiti (almeno impliciti) nella formulazione normativa della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, con la "innovativa classificazione dei diritti in categorie di valori" che ne propone.

⁵⁷ Cfr. S. Giubboni, "Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato", in A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma, 2009, pag. 123; G. Orlandini, "Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, per il quale nelle due sentenze (*Viking* et *Laval*) "il riconoscimento del diritto di sciopero nell'Unione assume un carattere comico, se è vero che esso è utilizzato per negarne la possibilità dello stesso esercizio" (pag. 281); B. Caruso, "Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?", in A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali... cit.*, pag. 111.

⁵⁸ CGCE, 11 dicembre 2007, C-438/05.

⁵⁹ CGCE, 18 dicembre 2007, C-341/05.

⁶⁰ CGCE, 3 aprile 2008, C-346/06.

⁶¹ CGCE, 15 luglio 2010, C-271/08.

In un simile approccio, l'obiettivo ora perseguito dai 'nuovi' trattati e le garanzie assicurate dalla Carta, nel collocare allo stesso livello tutti i diritti fondamentali, in assenza di criteri di bilanciamento fra gli stessi, costituiscono un "progresso solo apparente" rispetto alle previsioni precedenti dei trattati, con la conseguenza (teorica e pratica) che "non sarà più possibile trarre dal 'testo costituzionale' ovvero 'a valenza costituzionale' (quale ambisce a essere la Carta) una gradazione fra diritti; non sarà più possibile individuare dei principi prevalenti e caratterizzanti l'ordinamento costituzionale ... tutti i diritti posti allo stesso livello, tutti fondamentali senza distinzione, non sarà più possibile equilibrare i diritti ... Una volta perduto le proprie basi testuali e il relativo tessuto argomentativo, l'equilibrio potrà essere giustificato solo in base alle diverse enunciazioni dei diritti allineati uno dietro l'altro, tutti egualmente fondamentali ... Ne risulterà così un equilibrio 'libero', nel quale i termini saranno definiti – fino ad essere in gran parte forgiati – dallo stesso giudice"⁶².

Ne consegue una evidente rinuncia da parte del diritto comunitario di dotarsi di una 'legge superiore', rinviando, in tal modo, ad un problematico "bilanciamento fra valori" che è rimesso al solo dialogo fra Giudice comunitario e giudice nazionale, finendosi, in tal modo, "per assegnare alle Corti il ruolo decisivo di determinazione dei diritti in base al criterio giurisprudenziale della 'proporzionalità' ... una 'proporzionalità', però, invertebrata, perché liberamente utilizzabile in assenza di prescrizioni di sistema che siano in grado di orientare il giudice"⁶³.

Tale asimmetria nel parametro positivo e nella relativa garanzia giurisdizionale della protezione dei diritti fondamentali sociali fra livelli costituzionali nazionali e Unione europea richiama in modo inevitabile l'attenzione della dottrina costituzionale sui limiti necessari da opporre alla pretesa piena

⁶² Cfr. G. Azzariti, "Le garanzie del lavoro tra costituzioni ... *cit.*", pag. 5.

⁶³ *Ult. op. cit.*

primauté del diritto dell'Unione sul diritto costituzionale nazionale delle libertà e dei diritti per come garantiti nelle Costituzioni nazionali.

Valutando in modo critico l'indirizzo giurisprudenziale del Giudice di Lussemburgo per quanto concerne l'equilibrio fra le libertà economiche eurounitarie e i diritti sociali costituzionalmente garantiti, nell'ottica dell'art. 6.1 del TUE e dell'art. 28 della Carta, un convincente argomento sottolinea come la giurisprudenza richiamata in precedenza costituisca un vero e proprio errore logico, dal momento che la stessa non considera i diritti sociali al pari dei diritti dell'uomo, come è stato ricordato in precedenza con riguardo alle sentenze *Omega e Schmidberger*⁶⁴.

Oltre a tale limite, occorre sottolineare come ciò che va rilevato nelle sentenze ora richiamate (*Viking, Laval, Ruffert*) non è tanto il mancato riconoscimento del diritto di sciopero, quanto piuttosto il tipo di equilibrio previsto fra lo stesso diritto di sciopero e il diritto di stabilimento sancito dal diritto dell'Unione, che finisce per degradare l'effettività della garanzia costituzionale riconosciuta al diritto di negoziazione collettiva, garantito dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Tale valutazione, a buona ragione, porta una parte della dottrina a parlare di una vera e propria degradazione del diritto costituzionale di sciopero (garantito nell'ordinamento italiano dall'art. 40 Cost.) al livello di mero 'interesse', che tuttavia meriterebbe una protezione (solo) "se non eccede i limiti stretti imposti al suo esercizio dai criteri di adeguatezza e di proporzionalità".

4. Sugli 'effetti politici' di alcune recenti decisioni 'interordinamentali' con riguardo alla (stessa problematica posta dalla prevalenza generalizzata della) Carta sui diritti costituzionali nazionali

⁶⁴ CGCE, sent. 14 ottobre 2004, C-36/02 (*Omega Spielhallen*); CGCE, sent. 12 giugno 2003, C-112/2000 (*Schmidberger*). M. Cartabia legge questo indirizzo giurisprudenziale come una dinamica che muove dai diritti fondamentali "versus" le libertà fondamentali (così in "L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea", in M. Cartabia, *I diritti in azione ... cit.*, pag. 42).

Per discorrere più nel dettaglio degli effetti politici generati dal dialogo con la Corte di giustizia è necessario richiamare la condizione per la quale la Corte europea del Lussemburgo riesce, attraverso i rinvii pregiudiziali attivati dai giudici ordinari (europei), ad incidere sul potere politico rappresentativo di cui la legge è, con ogni evidenza, la massima espressione. Se la Corte europea (e lo stesso vale per la Corte di Strasburgo), come è fin troppo noto, non sindacava direttamente gli atti primari statali, gli effetti delle sue decisioni hanno un indubbio precipitato sulle decisioni adottate dalle istituzioni politiche degli Stati membri⁶⁵. La Corte di Giustizia attraverso la funzione della corretta interpretazione **del parametro comunitario rispetto all'oggetto del rinvio pregiudiziale relativo all'applicazione degli atti comunitari riesce (indirettamente)** anche a valutare la conformità al diritto europeo delle norme degli Stati membri, che in caso di antinomia saranno (dovranno essere) disapplicate dal giudice comune.

Se così è, di decisivo rilievo è l'analisi del dialogo – attivato attraverso il rinvio pregiudiziale – **tra l'organo della giustizia costituzionale nazionale e la Corte di giustizia**, stante la funzione riconosciuta alla Corte costituzionale, in un sistema di controllo della costituzionalità di tipo accentrato, di espungere con efficacia ***erga omnes* le leggi contrarie alla Costituzione, ed anche all'ordinamento eurounitario, ex artt. 11 e 117, co. 1, Cost.**

Il dialogo tra i due massimi organi della funzione giurisdizionale degli ordinamenti presi in considerazione (quello nazionale e quello eurounitario) può, da questa prospettiva, avere diversi e significativi effetti politici sui prodotti legislativi confezionati dal Parlamento nazionale. Ciò che bisogna rilevare è, quindi, il percorso comunitario delle Corti costituzionali (in special modo di quella italiana) che le ha portate a dialogare direttamente con la Corte del Lussemburgo e quelle che sono (***rectius*** possono essere) le conseguenze che da tale dialogo

⁶⁵ Da ultimo, si v. almeno O. Pollicino, V. Sciarabba, "Interazione fra funzioni della politica e funzioni delle Corti sovranazionali europee", in G. De Vergottini, T. E. Frosini (a cura di), *Percorsi costituzionali. Giustizia costituzionale e politica*, 2010, 2/3, pag. 136-137.

discendono, con riguardo, *in primis*, alla tutela dei diritti fondamentali e quindi alla stessa tenuta della teoria dei controlimiti.

Lo strumento del rinvio pregiudiziale ad opera dei giudici comuni ha, come detto, garantito alla Corte di giustizia la possibilità di assicurare il suo controllo sulla disciplina normativa, non solo europea; il fecondo dialogo tra tali giudici ha sempre più evidenziato la posizione di isolamento riservata alle Corti costituzionali europee che non si riconoscevano come organi legittimati ad utilizzare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Come si vede, non si sta parlando della sola Corte costituzionale italiana, in quanto la mancanza di dialogo era caratteristica comune dei massimi organi della giustizia costituzionale di tutti gli Stati membri.

Con particolare attenzione al nostro modello di giustizia costituzionale, non si può non ricordare che tale posizione di auto-emarginazione era viepiù accentuata dal fatto che quando il giudice comune interloquiva con la CGUE – ad esempio dopo che la stessa Corte costituzionale restituiva gli atti al giudice *a quo* per invitarlo ad investire (preventivamente) della questione la Corte di giustizia – egli non era tenuto a (re-)inserire nella discussione anche la Corte costituzionale, non ricadendo su di esso alcun obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale dopo aver adito la CGUE ed aver da questa ricevuto la corretta interpretazione del diritto eurounitario. Di qui anche un possibile rischio elusivo del controllo di costituzionalità già autorevolmente sottolineato in dottrina.

Non dialogare con la Corte europea significa non avere la possibilità di **rendere noto all'altro interlocutore qual è l'interpretazione che** il giudice costituzionale fa della legge; non riconoscersi, da parte delle Corti costituzionali, competenti ad utilizzare il rinvio pregiudiziale significa anche non poter incidere significativamente sul rapporto tra giudice comune e Corte di giustizia che conduce alla disapplicazione della legge se non conforme al diritto eurounitario con conseguente svilimento della normatività (la garanzia dei diritti fondamentali) del testo costituzionale (nazionale), almeno nel senso che può

derivarsi dall'atteggiamento astensionistico del suo massimo garante. Acquistare consapevolezza di queste criticità, rilevate fin da subito dalla dottrina più attenta⁶⁶, ha fatto sì che in ambito europeo si sia assistito ad un graduale superamento del richiamato isolamento da parte delle Corti costituzionali, fra le quali (con qualche incertezza) anche quella italiana.

Fra le prime Corti che hanno risolto *motu proprio* le relazioni tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea senza rinviare alla risoluzione offerta al (e dal) giudice comune, decidendo, quindi, di utilizzare lo strumento del rinvio, si devono ricordare il *Verfassungsgerichtshof* austriaco e la *Court d'Arbitrage* belga. Più recentemente hanno utilizzato lo strumento processuale il *Tribunal constitucional* spagnolo⁶⁷, il *Conseil constitutionnel* francese⁶⁸ e lo scorso 14 gennaio anche il *Bundesverfassungsgericht* tedesco⁶⁹.

⁶⁶ Fra cui cfr. almeno V. Onida, "‘Armonia tra diversi’ e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario", in *Quaderni costituzionali*, 3/2002; S.P. Panunzio, "I diritti fondamentali e le Corti in Europa", in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; Id. (a cura di) *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessione sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, 2002; M. Cartabia, "La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea", in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006; Id., "La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana", A. Celotto, "La Carta di Nizza e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale", entrambi in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflesso della Carta dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto. Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale, Taormina 4 ottobre 2002*, Milano, 2003; M. Cartabia, A. Celotto, "La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2004; A. Anzon, "Corte costituzionale, Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo: problemi e prospettive dei loro rapporti", S. AGOSTA, "Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 trattato ce, tra (ingiustificato?) *horror obsequii* della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario", entrambi in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, 2003; F. Sementilli, "Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee", in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2004

⁶⁷ Superando l'ATC 86/2010, il TC rinvia alla Corte europea con *auto* del 9 giugno 2011 (cfr. almeno A. Aguilar Calahorra, "La primera cuestión prejudicial planteada per el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión europea", in *Revista*). Preso atto della risposta della Corte di giustizia il *Pleno* del TC pronuncia la *STC* 26/2014, del 13 febbraio, c.d. sentenza Melloni sulla quale più avanti nel testo.

⁶⁸ *Conseil constitutionnel* n° 2013-314P *QPC* del 4 aprile 2013.

Il percorso argomentativo che ha portato anche in Italia ad instaurare quello che si può definire un 'dialogo tra parlanti' si conclude (al momento) con il deposito dell'ordinanza n. 207/2013, che giunge, superandola, dopo ben cinque anni dalla nota ordinanza n. 103/2008⁷⁰.

L'ord. n. 103 ha rappresentato a sua volta un parziale *overruling* rispetto a quella che era stata la giurisprudenza costituzionale precedente caratterizzata da una netta chiusura nel dialogo con la Corte di giustizia, che aveva prodotto una evidente auto-emarginazione della Corte stessa dalle questioni più propriamente comunitarie, con conseguente invito rivolto ai giudici comuni ad interagire con la CGCE attraverso un dialogo diretto con essa (la qual cosa la Corte negava a se stessa di compiere).

Per ricostruire il percorso comunitario della Corte costituzionale italiana e ricercare le radici della sua autoesclusione⁷¹ non si può che partire dall'ordinanza n. 536/1995 che ha ritenuto che il *"giudice comunitario non può essere adito [...] dalla Corte costituzionale [...], in quanto in essa] non è ravvisabile quella*

⁶⁹ Su tale decisione cfr. G. Gerbasi, "Alla ricerca (unidirezionale o bidirezionale) dei labili confini fra competenze e fra Corti: la giurisprudenza costituzionale ceca e quella tedesca sull'accertamento della natura *ultra vires* degli atti dell'Unione europea", in *La cittadinanza europea*, n. 1/2014.

⁷⁰ In dottrina si v. S. Bartole, "Pregiudiziale comunitaria ed integrazione di ordinamenti", in *Le Regioni*, 4-5/2008; F. Sorrentino, "Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008; M. Cartabia, "La Corte costituzionale e la Corte di giustizia", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008; T. Giovannetti, "L'ultimo passo del 'cammino comunitario' conduce la Corte a Lussemburgo", in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; M. E. Gennusa, "Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: la Corte costituzionale come 'giudice europeo'", in *Quaderni costituzionali*, 3/2008; P. ZICCHITTO, "Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: verso il superamento della teoria dualista?", in *Quaderni costituzionali*, 3/2008; R. Calvano, "Prospettive di sviluppo del dialogo tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale alla luce del Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti e l'attesa di un recupero del ruolo della politica", in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010; S. TROILO, "(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema multilivello dei diritti fondamentali", in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010; L. Pesole, "La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008", in *www.federalismi.it*; I. Spigno, "La Corte Costituzionale e la vexata questio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia", in *www.osservatorio sulle fonti*.

⁷¹ Cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 361.

«giurisdizione nazionale» alla quale fa riferimento l'art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea», poiché la Corte non può essere considerata un organo giudiziario⁷². Stanti tali premesse, dovrà essere il "giudice rimettente [...] a doversi far carico [...] di adire la CGCE per provocare quell'interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva [...] rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che nel raffronto con un parametro di costituzionalità risenta, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria".

Bisogna attendere il 2008 per veder (almeno in parte) superata tale giurisprudenza: se da una parte la Corte ribadisce in modo netto (dalla prospettiva dell'ordinamento interno) la sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale⁷³, dall'altra (ponendosi questa volta dalla prospettiva dell'ordinamento eurounitario) ritiene se stessa una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE. Quasi a non volersi porre in netta contrapposizione con la giurisprudenza più sopra richiamata, la Corte riconosce la possibilità dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale limitatamente al giudizio in via principale, in quanto, costituendo la Corte *"una giurisdizione di unica istanza [...,] nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE"*.

A ben vedere, ciò che rileva è che la reale differenza con il giudizio in via incidentale è che nel giudizio in via d'azione la Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia. Secondo questa giurisprudenza, dunque, la Corte poteva uscire dall'isolamento comunitario solo a seguito della instaurazione del

⁷² Sent. n. 13 del 1960 nella quale la Corte costituzionale riteneva che fosse da respingere "l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali".

⁷³ Si ricorda che la Corte si riconosce come giudice *a quo* in quanto competente a sollevare dinanzi a se medesima questione di legittimità costituzionale.

giudizio di costituzionalità sulle leggi in via principale dove non ci sarebbe altro modo per fugare il pericolo che possa risultare lesa **"il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE"**⁷⁴. Lo stesso non vale anche nel giudizio sulle leggi in via incidentale dove è presente il giudice **a quo** che è nella possibilità di operare il rinvio e di interloquire con la Corte europea.

Solo nel giudizio in via principale, quindi, la Corte si ritiene competente a sollevare **essa stessa la questione alla Corte di giustizia perché, a norma dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 del TCE)**, quando una questione⁷⁵ che inerisce la corretta interpretazione del diritto comunitario è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Con la decisione n. 2017 del 2013, il giudice delle leggi, con riferimento al dialogo avviato con la Corte di giustizia, muta orientamento riconoscendosi competente ad utilizzare il rinvio pregiudiziale anche nei giudizi in via incidentale e fa ciò senza tener conto della propria giurisprudenza che fino ad allora limitava **l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale al solo giudizio in via principale escludendolo, appunto, per quello istaurato in via d'eccezione. Nell'ordinanza n. 207/2013**⁷⁶, infatti, non si rintraccia nessun richiamo al fondamento di tale

⁷⁴ Ancora l'ord. n. 103/2008.

⁷⁵ Sull'interpretazione dei trattati; sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

⁷⁶ Nella decisione ci si limita ad affermare che ritenendo che "questa Corte abbia la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale [... la Consulta stessa] dispone di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di interpretazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE". Sulla decisione cfr. A. Ruggeri, "Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento intercostituzionale", in *www.rivistaaic.it*, 4/2013; L. Pesole, "Un altro passo avanti nel percorso: la corte costituzionale rinvia alla Corte di giustizia in un giudizio in via incidentale", in *www.federalismi.it*; B. Guastaferrò, "La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un

giurisprudenza, leggendosi solo “che – come si è già rilevato nell’ordinanza n. 103 del 2008 – quando davanti a questa Corte pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le norme comunitarie, queste ultime, se prive di effetto diretto, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.; che la questione pregiudiziale posta alla Corte di giustizia è rilevante nel giudizio di legittimità costituzionale, poiché **l’interpretazione richiesta a detta Corte appare necessaria a definire l’esatto significato della normativa comunitaria al fine del successivo giudizio di legittimità che questa Corte dovrà compiere rispetto al parametro costituzionale integrato dalla suddetta normativa comunitaria; che questa Corte – nella citata ordinanza n. 103 del 2008 – ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione in un giudizio in via principale”.** Potrebbe sembrare che l’ordinanza del 2013 costituisca il naturale completamento della giurisprudenza della Corte, ma non è così se si tiene conto proprio della decisione del 2008.

Se la giurisprudenza prodotta con l’ord. 103/2008⁷⁷ può apparire coerente con la distinzione che passa tra i due giudizi attivabili nel controllo sulla

giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013”, in *www.forumcostituzionale.it*, 9/2013; V. De Michele, “L’ordinanza “Napolitano” di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee”, in *www.europeanrights.eu*, G. Repetto, “La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c’è mai fine ai nuovi inizi”, in *www.diritticomparati.it*; L. Uccello Barretta, “La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale”, in *www.rivistaaic.it*, 2013, Novembre; U. Adamo, “Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull’ord. n. 207/2013”, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (24 luglio 2013).

⁷⁷ Sulla quale almeno S. Bartole, “Pregiudiziale comunitaria ... cit.”; F. Sorrentino, “Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008; M. Cartabia, “La Corte costituzionale e la Corte di giustizia”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008; M. E. Gennusa, “Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: la Corte costituzionale come ‘giudice europeo’”, in *Quaderni costituzionali*, 3/2008; P. Zicchittu, “Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: verso il superamento della teoria dualista?”, in *Quaderni costituzionali*, 3/2008; R. Calvano, “Prospettive di sviluppo del dialogo tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale alla luce del Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti e l’attesa di un recupero del ruolo della politica”, in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010; S. Troilo, *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema multilivello dei diritti fondamentali*, in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010; T. Giovannetti,

legittimità delle leggi (e con la loro stessa struttura)⁷⁸, **dall'altra** pare non esserlo con le premesse poste; delle due l'una: o la Corte è organo giurisdizionale e quindi abilitato per sua 'natura' ad utilizzare il rinvio pregiudiziale o, non essendo tale, non è mai nella possibilità di esercitare tale facoltà (od anche obbligo).

L'ordinanza n. 207/2013 si può leggere proprio da questa prospettiva ovvero che *tertium non datur*: la Corte ha ritenuto di avere "la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale". A tale conclusione la Corte è giunta dopo un lungo percorso giurisprudenziale, che dalla negazione della natura di organo giurisdizionale ha condotto al riconoscimento della stessa, e ha compiuto tale percorso (che oggi si può definire a tappe) partendo proprio da un giudizio in via principale in quanto la struttura del giudizio in via d'azione era più rispondente a tale scopo.

Questa decisione, che segna un ulteriore ed ormai inarrestabile processo di 'avvicinamento' (*rectius* di leale collaborazione) della Corte costituzionale alla CGUE, fa sì che al giudice ordinario si affianchi o si sostituisca il giudice costituzionale che rappresenta (o almeno così dovrebbe essere) un dialogante più autorevole⁷⁹; di rilievo, **d'altronde, sono le possibili conseguenze di questo dialogo** allorquando la CGUE fornisce una interpretazione del parametro o

"L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo", in www.associazionedeicostituzionalisti.it; L. Pesole, "La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008", in www.federalismi.it; I. Spigno, "La Corte Costituzionale e la *vexata questio* del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia", in www.osservatorio.sullefonti.it.

⁷⁸ Si v. la giurisprudenza della Corte in riferimento alla prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, per cui solo nel giudizio in via principale, dove appunto manca il giudice *a quo* competente a disapplicare la norma interna se in contrasto con quella comunitaria, la Corte può sindacare la legittimità costituzionale delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie: non si può che rimandare alla prima pronuncia in tema qual è la sent. n. 384/1994.

⁷⁹ M. Cartabia, A. Celotto, "La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza, cit., 4502; V. Onida, "Armonia tra diversi" e problemi aperti, cit., 552; S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 90 ss.

dell'atto eurounitario che non riesce a risolvere l'antinomia con la legge nazionale.

La conseguenza ultima dell'attivazione dello strumento processuale è proprio quella di produrre un notevole effetto politico della decisione della Corte costituzionale che, a seguito della decisione del giudice del Lussemburgo, non potrà a quel punto che dichiarare incostituzionale la legge facendo valere (indirettamente) la valutazione giurisdizionale (europea) a quella che era stata l'elaborazione della decisione politica (la legge nazionale).

La ricostruzione appena avanzata rimarrebbe imparziale se non indagasse anche la possibilità di divergenze interpretative incolmabili proprio in tema di **diritti fondamentali. Si è sostenuto che l'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dell'organo della giustizia costituzionale non determinerebbe nei confronti del giudice comunitario⁸⁰ alcuna sorta di 'soggezione', che, del resto, non potrebbe derivare dal far parte a pieno titolo di quel sistema giurisdizionale (e più in generale dell'ordinamento eurounitario) che essa stessa ha contribuito a definire e a formare.**

La Corte costituzionale non avrebbe nulla da **'temere' in questo dialogo, ben potendo superare l'interpretazione avanzata dalla CGUE qualora questa determini una violazione della portata dei diritti fondamentali per come interpretati dal massimo organo della giustizia costituzionale nazionale: saremmo dinanzi ad un'attivazione diretta dei controlimiti, circostanza che dovrebbe essere comunque fugata sia perché la Corte europea conosce bene la giurisprudenza costituzionale in materia (per la semplice ragione che le è stata fornita dallo stesso giudice costituzionale attivando lo strumento del rinvio), sia perché essa**

⁸⁰ In tal senso T. Giovannetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009.

stessa dovrebbe essere la garante dei 'controlimiti europeizzati' secondo quanto disposto dall'art. 4 TUE⁸¹.

Che tale modo di argomentare non basta di per sé solo a fugare le problematiche derivate da tali meccanismi di dialogo è presto detto, a maggior ragione dopo la conclusione di quello che alle cronache è noto come '**caso Melloni**', dove si palesa una diminuzione della tutela di un diritto fondamentale così come interpretato dal Tribunale costituzionale spagnolo (nel caso **de quo** il diritto ad un processo equo) senza che con ciò si sia arrivati all'attivazione dei (noti e famigerati) controlimiti.

Il cambio giurisprudenziale in tema di portata della tutela del diritto fondamentale costituzionale è nato proprio a seguito del rinvio pregiudiziale, che anche il giudice costituzionale iberico – con incertezza simile a quella riscontrata nella giurisprudenza italiana – si è visto competente ad utilizzare dopo essersi riconosciuto *órgano jurisdiccional*, così come richiesto dall'art. 267 TUE⁸².

Il *Tribunal Constitucional de España* (d'ora in avanti *TC*) in un giudizio di *amparo* ha sollevato questione alla CGUE e questa ha sciolto i dubbi espressi dal *Pleno* del *TC*⁸³ con la sentenza della Gran Sala, causa C-399/11, **Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal**, del 26 febbraio 2013. Preso atto della decisione depositata dalla Corte di Giustizia, il *TC* pronuncia, come detto, la *STC* 64/2014, del 13 febbraio.

Per i nostri fini non è tanto utile ricostruire il caso concreto⁸⁴ quanto piuttosto rilevare qual è stato l'effetto della decisione del giudice del

⁸¹ Cfr., fra gli altri, G. Gerbasì, "Il contesto comunicativo euro-nazionale: alla ricerca di un ruolo (cooperativo) delle Corti costituzionali nella rete giudiziaria europea", in *www.federalismi.it*.

⁸² Cfr. *ATC* 86/2011, del 9 giugno (*Pleno*, *FJ* 4.e)).

⁸³ Cfr. nota precedente.

⁸⁴ Con la sentenza in oggetto, il *TC* rigetta il *recurso de amparo* presentato da un cittadino italiano nei confronti della sentenza (decisione dell'Udienza nazionale) che decideva di consegnarlo all'Italia, nel quadro di un mandato d'arresto europeo. Il cittadino italiano Stefano Melloni era stato, infatti, condannato, proprio in Italia, anche se *in absentia*, ad una pena detentiva di dieci

Lussemburgo sulla giurisprudenza del *TC* e quindi sottolineare che il cambio di giurisprudenza non è stato tanto il frutto di un ripensamento 'interno' dell'organo giurisdizionale⁸⁵, quanto piuttosto la conseguenza del 'dialogo tra parlanti'.

Prima del deposito della decisione, sul sito telematico ufficiale del *TC* è stata pubblicata una *Nota informativa*, la n. 16/2014, che significativamente è rubricata '*El TC modifica su doctrina y no exige como condición previa a la extradición la revisión de las sentencias dictadas en ausencia*', e nel testo rende noto che è avvenuto un cambio di giurisprudenza a seguito del dialogo con la Corte del Lussemburgo: "*Tras elevar por primera vez en su historia una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con esta sentencia el TC modifica su doctrina: hasta ahora, la extradición de los condenados en ausencia debía estar condicionada a la posibilidad de recurrir la condena ante las autoridades judiciales de su país con el fin de salvaguardar sus derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías. A partir de ahora, no se impondrá esa condición previa*".

Infatti, date le questioni poste dal *TC*⁸⁶, la Corte di giustizia⁸⁷ interpreta l'oggetto e il parametro europeo inducendo un cambiamento della giurisprudenza

anni per bancarotta fraudolenta; contro la decisione dell'*Audencia Nacional* di Madrid che ordinava l'esecuzione della decisione italiana, Melloni decideva di ricorrere in *amparo* lamentando la violazione dell'art. 24, co. 2, Cost., così come interpretato dal *TC*, vale a dire richiamando quella giurisprudenza costituzionale secondo la quale la condizione previa per l'estradizione è la possibilità che nel Paese in cui il soggetto è stato condannato in contumacia sia prevista la possibilità della revisione della decisione. Secondo la giurisprudenza costituzionale di allora, che come vedremo nel testo sarà modificata, il Tribunale costituzionale concedeva l'*amparo* nei casi in cui l'assenza dell'imputato al processo violava il contenuto essenziale del diritto fondamentale ad un equo processo ex art. 24, comma 2, Cost. Questa violazione indiretta dei diritti fondamentali, a giurisprudenza immutata, doveva rendere impossibile l'esecuzione del mandato d'arresto europeo anche nel caso Melloni.

⁸⁵ Diversamente da quanto sembra dalla lettura del *considerato in diritto*. Avverso tale tipo di decisione che sembra non prendere nel dovuto conto l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, cfr. i *votos particulares* allegati alla decisione.

⁸⁶ Le questioni che si decideva di sottoporre alla corretta interpretazione della Corte di giustizia e al suo giudizio di validità erano le seguenti: "1. Se l'art. 4 bis, comma 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, nella sua redazione in vigore a seguito della decisione quadro 2009/299/GAI, debba essere interpretato nel senso che impedisce alle autorità giudiziarie nazionali, nelle ipotesi elencate dalla stessa disposizione, di sottoporre l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla condizione che la condanna in questione possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti di

costituzionale spagnola proprio in tema di diritti fondamentali nel senso di una chiara diminuzione del livello di tutela fino ad allora apprestato. In questo caso, dunque, il *TC* non ha voluto (*rectius* non è riuscito a)⁸⁸ attivare la dottrina dei controlimiti⁸⁹, ma ha cambiato giurisprudenza abbassando chiaramente il livello di tutela del diritto fondamentale *ex art.* 24 della Costituzione spagnola, per adeguarsi alla **giurisprudenza della Corte europea che ha reinterpretato l'art. 53**⁹⁰ della Carta europea dei diritti fondamentali.

difesa della persona ricercata. 2. Se, nel caso in cui la risposta alla prima questione fosse affermativa, sia compatibile l'art. 4 bis, comma 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, con le esigenze che derivano dal diritto alla tutela giurisdizionale ed all'equo processo sancito nell'art. 47, nonché dai diritti di difesa garantiti nell'48, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 3. Se, nel caso in cui la risposta alla seconda questione fosse affermativa, l'art. 53, interpretato sistematicamente con i diritti riconosciuti negli artt. 47 e 48 della Carta, permetta ad uno Stato membro di condizionare la consegna di una persona condannata in absentia al fatto che la condanna possa essere sottoposta a revisione nello Stato richiedente, riconoscendo così ai suddetti diritti un maggior livello di tutela rispetto a quello che deriva dal diritto dell'Unione europea, allo scopo di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di questo Stato membro".

⁸⁷ Le risposte provenienti dalla Corte del Lussemburgo sono state queste: "1. L'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, non debba subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente. 2. L'articolo 4 bis, paragrafo 1, è compatibile con le esigenze derivanti dagli articoli 47 e 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 3. L'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un equo processo ed ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

⁸⁸ Stante anche la particolarità del caso e delle condizioni poste dalla CGUE affinché si possa comunque concedere l'estradizione (cfr. i § da 35 a 46).

⁸⁹ Cfr. *declaración* 1/2004, del 13 dicembre. Si noti, però, che l'intero *FJ* 3 della decisione dalla quale si stanno prendendo le mosse è dedicato alla riproposizione della *doctrina* dei *limites materiales*.

⁹⁰ Pare opportuno riportare il testo della disposizione pur se molto noto: "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle *costituzioni* degli Stati membri"; il corsivo ha il fine di

Nell'ordinanza di rinvio, il *TC* non si limitava a proporre la questione interpretativa sull'art. 53 della Carta, ma enunciava tre possibili interpretazioni dello stesso. Secondo la prima, l'articolo in esame contiene una clausola di *standard mínimo de protección* (similmente a quanto previsto dall'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo); in uno schema di protezione sussidiaria, quindi, l'art. 53 permetterebbe ad uno Stato membro di "*giustificare un'eccezione a quanto previsto da una norma comunitaria [...] per evitare una interpretazione limitativa o lesiva dei diritti umani e delle libertà fondamentali riconosciute in Costituzione, senza che, d'altra parte, questo maggiore livello di protezione accolto da un determinato sistema nazionale debba essere necessariamente generalizzato con la sua assunzione da parte della Corte di giustizia*".

La seconda interpretazione considera la finalità contenuta nel medesimo articolo come quella di "delimitare" nel proprio ambito di applicazione la Carta e le Costituzioni degli Stati membri, ma ciò comporterebbe una ridondante reiterazione di quanto già contenuto nell'art. 51 della medesima Carta (con riguardo al suo ambito di applicazione) anzi avrebbe il paradossale effetto di delimitare proprio l'efficacia della Costituzione in ambiti di spettanza europea⁹¹.

La terza ed ultima ipotesi interpretativa avanza quella che lo stesso *TC* definisce come *forma de integración* delle prime due interpretazioni per cui l'art. 53 "opererebbe bene sia come una clausola di *standard mínimo* di protezione" od anche come una *solución común uniforme en todo el territorio*, a seconda del "*contesto sotteso al concreto problema di protezione dei diritti fondamentali di cui si tratta. Potrebbe pensarsi che questa alternativa di principio potrebbe essere risolta in forma diversa a seconda dell'esistenza di un conflitto tra diritti fondamentali ovvero tra un diritto fondamentale e qualche altro principio*

sottolineare che il diritto fondamentale è quello riconosciuto dalle Costituzione e non dalle tradizioni costituzionali comuni.

⁹¹ Sull'impraticabilità di questa interpretazione si v. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, par. 94.

generale del diritto dell'Unione europea riconosciuto al di fuori della Carta o, infine, che la struttura normativa di ognuno di questi potrebbe avere una qualche rilevanza circa la possibilità di ammettere un maggior livello di protezione da parte delle Costituzioni degli Stati membri”.

Il Tribunale comunque conclude⁹² sottolineando alla stessa Corte di giustizia che essa non deve prospettare la questione in termini necessariamente astratti, limitandola piuttosto alle caratteristiche proprie del problema concreto che la protezione dei diritti fondamentali rileva nel processo costituzionale dal quale nasce la questione interpretativa.

La Corte di Giustizia pare partire da questa indicazione, ma senza giungere alla tesi avanzata dal TC⁹³. Secondo la Corte di giustizia del Lussemburgo *“È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”*⁹⁴.

⁹² Cfr. il FJ 7 dell'auto

⁹³ Su tali passaggi si v. M. Iacometti, *“Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo”*, in *www.rivistaaic.it*, Osservatorio-ottobre 2013, 14-16. Si v. *infra* nota 39.

⁹⁴ Così il punto 60 della Corte di giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*. In dottrina (di seguito citata) si è molto discusso sulla particolarità del caso e su come questo abbia di certo influito sulla decisione, con la conseguenza che l'interpretazione fatta propria dalla CGUE dell'art. 53 della Carta potrà essere sempre 'superata' da una giurisprudenza successiva. Che il caso (il condannato si era sottratto alla giustizia italiana, conosceva il procedimento giudiziale a proprio carico tanto da nominare dei legali in propria difesa ...; la normativa comunitaria rappresentava la mediazione già avvenuta fra gli Stati membri) abbia ricoperto un ruolo primario è cosa senz'altro vera, anche se manca da parte della CGUE una precisa limitazione della sua decisione in tal senso, dando così l'impressione di aver prodotto una interpretazione dell'art. 53 valevole per la sua giurisprudenza futura. In dottrina cfr. R. Conti, *“Da giudice (nazionale) a giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni”*, in *www.diritticomparati.it*; A. Ruggeri, *“La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”*, in *www.diritticomparati.it*; F. Viganò, *“Obblighi di adeguamento al diritto UE e ‘controlimiti’: la Corte costituzionale spagnola si adegua,*

Se il diritto comunitario rispetta i diritti fondamentali comunitari (e questo è il caso), lo Stato deve garantire l'applicazione di tale normativa, a prescindere da qualsiasi previsione (anche costituzionale) presente nell'ordinamento nazionale e a prescindere anche dal livello di tutela dei diritti fondamentali⁹⁵. In questo modo, ciò che si tutela (da parte della CGUE) è il (solo) principio cardine su cui si fonda l'ordinamento eurounitario, vale a dire il "primato del diritto dell'Unione" e quindi l'unità, la sua uniforme applicazione e l'effettività del diritto dell'Unione⁹⁶, e non anche (in un'opera di bilanciamento)⁹⁷ il principio di cui all'art. 4 del Trattato e quindi la più intensa tutela dei diritti fondamentali così come protetti dalle Costituzioni nazionali⁹⁸.

bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni", in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; A. Di Martino, "Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia", in *www.diritticomparati.it*; T.E. Epidendio, "Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali", F. Vecchio, "I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali", entrambi in *Quaderni costituzionali*, 2/2013 e rispettivamente a pag. 451-453 e 454-456.

⁹⁵ La CGUE respinge le istanze del giudice del rinvio (il *TC*) che ella stessa ricostruisce nei termini che seguono in riferimento all'interpretazione dell'art. 53 della Carta che "autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione. Una simile interpretazione permetterebbe in particolare a uno Stato membro di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia* a condizioni finalizzate ad evitare un'interpretazione limitativa dei diritti fondamentali riconosciuti dalla propria Costituzione o lesiva degli stessi, anche se l'applicazione di tali condizioni non fosse autorizzata dall'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584. Una simile interpretazione dell'articolo 53 della Carta non può essere accolta. Infatti, tale interpretazione dell'articolo 53 della Carta sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato" (punti da 56 a 58).

⁹⁶ Cfr., per l'interpretazione dell'art. 51 della Carta la recente sentenza della CGUE, causa C-617/10 *Åklagaren Hans Åkerberg Fransson*, del 26 febbraio 2013, nella quale –sul precedente costituito proprio dalla sentenza Melloni, § 29– vengono richiamati tali principi di struttura dell'ordinamento eurounitario.

⁹⁷ Cfr. A. Ruggeri, "La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento, cit., 4.

⁹⁸ Cfr., ancora, A. Ruggeri, "Cedu, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del 'sistema dei sistemi'", in *www.giurcost.org*, nota 30.

Si rifiuta **altresì l'approccio alla tutela più intensa**⁹⁹ (a prescindere, *id est*, dalla Carta che la garantisce), che, d'altra parte, avrebbe positive ripercussioni sulle identità costituzionali e, quindi, sul rapporto tra le Corti e la loro giurisprudenza. Anzi, è proprio il dialogo fecondo fra le Corti a permettere la ricerca della tutela più intensa del singolo diritto, anche nel suo bilanciarsi con altri diritti e principi. **Gli 'effetti politici' dell'interpretazione avanzata dalla CGUE** sulle relazioni ordinamentali sono di immediata rilevanza.

Che il dialogo fra le Corti non sia solo diretto (Corte costituzionale e CGUE), ma possa essere anche indiretto (Corte costituzionale e Corte EDU) è altrettanto noto e risaputo. Però, anche in questo caso, si vuole richiamare una decisione recente della Corte EDU, ripresa dalla Corte costituzionale italiana, per **rilevare il grado dell'effetto politico che può generare da tale implicito dialogo.**

Se anche la Corte EDU non riesce ad espungere (con efficacia *erga omnes*) dall'ordinamento nazionale una legge, ciò non significa che le **'conseguenze politiche' delle sue decisioni siano sempre modeste, come si verifica** (anche se non sempre) quando riconosce il margine di apprezzamento, secondo il quale si tutela la discrezionalità delle decisioni politiche che possono assumere gli Stati membri nel caso in cui non esiste una normativa comunemente condivisa su un particolare aspetto di un diritto convenzionalmente tutelato.

Non è questa la sede per ripercorrere l'intera giurisprudenza sugli effetti delle decisioni della Corte EDU, ma ciò che si vuole rilevare è che la Corte di Strasburgo, allargando le sue tecniche decisorie, riesce ad incidere profondamente su una funzione che è politicamente rilevante, quale quella di **normare discrezionalmente sulla disciplina di una determinata materia. L'esempio casistico** che si vuole richiamare è quello rappresentato dalla nota decisione

⁹⁹ Cfr. L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, 162; V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 174.

Torreggiani¹⁰⁰, che rappresenta l'utilizzo da parte della Corte di Strasburgo di un tipo di decisione che riesce ad essere molto incisiva sulle conseguenze politiche della stessa.

Il caso concreto è rappresentato dall'annoso problema del sovraffollamento carcerario in Italia che ha convinto la Corte a decidere di applicare la procedura della c.d. 'sentenza pilota'¹⁰¹, che le consente *in primis* di evidenziare chiaramente l'esistenza di problemi strutturali che si pongono all'origine delle violazioni e *in secundis* di indicare le misure o azioni particolari che lo Stato convenuto dovrà adottare per porvi rimedio.

Nel caso concreto la Corte non si esime dall'indicare la strada da percorrere pur non determinando in modo eccessivamente dettagliato le misure che lo Stato italiano deve perseguire per la risoluzione del problema del sovraffollamento carcerario che ha comportato la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per aver subito i detenuti trattamenti inumani e degradanti. La Corte fissa il termine di un anno entro il quale risolvere la situazione patologica in cui versa lo Stato ed indica alcune misure per il superamento della situazione medesima, ad esempio con la riduzione del numero dei detenuti (da raggiungere, fra l'altro, con una più ampia applicazione di misure punitive non privative della libertà e con una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere), con il ricorso alle misure alternative alla detenzione nel più complessivo ripensamento della politica penale tendente al ricorso minimo alla carcerazione¹⁰².

¹⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, causa *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013. In dottrina: F. VIGANÒ, "Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza", in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰¹ Sui primi utilizzi di tale tipo di decisione si rinvia di nuovo a O. Pollicino, V. Sciarabba, *Interazione fra funzioni della politica e funzioni delle Corti sovranazionali europee*, cit., 139.

¹⁰² Il tempo a disposizione è da poco terminato (fine maggio 2014) e non tutti i problemi sono stati risolti, A. Pugiotta, "Strasburgo, fine corsa per le patrie galere?", in *Il Manifesto*, 27 maggio 2014.

In attesa che lo Stato italiano predisponga quelle misure che risultino essere idonee ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, diverse sono state le questioni di legittimità costituzionale sollevate alla Corte costituzionale e tendenti ad incidere sulla **legislazione penitenziaria nel senso di un'addizione da parte della Corte nella parte in cui tale normazione non prevede le misure tendenti alla risoluzione della situazione penitenziaria italiana.** La Corte costituzionale da parte sua ha deciso con una decisione di inammissibilità stante ***"la pluralità di possibili configurazioni dello strumento normativo occorrente per impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, in violazione degli artt. 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost., in relazione quest'ultimo all'art. 3 della CEDU, e a fronte di tale pluralità, il rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario"***.

Il giudice delle leggi, andando al di là del dispositivo e proprio grazie ad un dialogo fecondo con la Corte EDU¹⁰³ (vale a dire facendo proprie le conclusioni della Corte EDU attraverso un copioso rinvio alla decisione medesima), pronuncia un severo monito al legislatore affermando testualmente che ***"non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia"***, aumentando in maniera considerevole l'attenzione sulle decisioni che devono essere prese dall'organo parlamentare.

¹⁰³ Così come indica autorevole dottrina: A. Ruggeri, "Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)", in www.giurcost.org; E. Malfatti, "Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere, in www.forumcostituzionale.it; A. Pugiotto, "L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza", in www.dirittopenalecontemporaneo.it. Questo dialogo indiretto sarà presto affiancato da un rapporto di tipo 'immediato' quando entrerà pienamente in vigore il Protocollo n. 16 che riconosce in capo alle più alte giurisdizioni degli Stati membri la possibilità di chiedere un parere consultivo alla Corte EDU: A. Ruggeri, "Ragionando sui possibili sviluppi tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)", in www.rivistaaic.it, 1/2014; O. Pollicino, "La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?", in www.forumcostituzionale.it; F. Vecchio, "Le prospettive di riforma della Convenzione tra limiti tecnici e cortocircuiti dialogici", in www.rivistaaic.it, Osservatorio-novembre 2013.

Anche in quest'ultimo caso e per cercare di concludere circa gli effetti politici derivanti dal dialogo che si instaura ai diversi livelli tra le Corti (in attesa della piena entrata della Unione nella CEDU), fermi restando i casi (non pochi) di cortocircuito in cui gli ordinamenti non paiono coincidere con riguardo agli strumenti di garanzia, si rileva che le Corti europee sono con il tempo sempre più riuscite ad incidere sulle scelte che il legislatore deve compiere al fine di adeguarsi ai nuovi parametri (materialmente costituzionali).

EL «ELEMENTO TRANSFRONTERIZO» INTERPRETADO EN RELACIÓN AL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

Calogero PIZZOLO^(*)

Sumario

I. De una libertad económica básica para el Mercado Común a un derecho fundamental para la ciudadanía de la Unión. - II. El elemento transfronterizo interpretado en relación al Estatuto de ciudadanía de la Unión. - III. El tiempo de permanencia en el estado de acogida. - IV. Conclusiones.

§

I. De una libertad económica básica para el Mercado Común a un derecho fundamental para la ciudadanía de la Unión

La libertad de circulación y el consiguiente derecho de residencia han demostrado constituir, a través del desarrollo del proceso de integración europea, una libertad fundamental. En otras palabras, dicho proceso de integración se ha consolidado como tal en la medida que, al mismo tiempo, la libertad apuntada se ha consolidado. Ello lo demuestra la importancia que la materia ha tenido desde siempre tanto en el derecho derivado como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Concretamente, en el estudio de la libertad que tratamos, se puede distinguir un antes y un después de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.

El Tratado de Roma (1957), mediante el cual nace la entonces Comunidad Económica Europea¹, contemplaba la libre circulación de personas

^(*) Catedrático Jean Monnet de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho de la Integración.

¹ Cfr. artículo 3.

económicamente activas (trabajadores) en función del desarrollo de un mercado común.² Este derecho, por tanto, se venía disfrutando como *eje esencial* de un proceso de integración basado en el establecimiento de un mercado común en el que los agentes económicos deben gozar de libertad de movimientos para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia y desempeñarlo (permanencia), prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión, etc. *Residir* en un Estado miembro, por su parte, para llevar a cabo las citadas actividades económicas, independientemente de la nacionalidad, había quedado ya desde mediados de los años setenta del siglo pasado al margen de todo poder discrecional de los Estados miembros.³ La prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad, en este contexto y gracias al aporte de la jurisprudencia comunitaria, fue alcanzando una dimensión sobresaliente.

Sin embargo, la libertad que estudiamos junto a las otras libertades básicas, fueron consideradas ante todo como *libertades económicas*. Este criterio, con el progreso de la integración europea⁴, va ha ser dejado de lado⁵ para finalmente dar lugar a un criterio mucho más amplio e inclusivo. Un criterio que

² Ello se explica, recuérdese, porque el objetivo inicial y distintivo de la actual Unión Europea era netamente económico: la creación de un mercado común, donde la libre circulación de trabajadores se erigía en una libertad económica más junto a la de capitales, mercancías y servicios.

³ PIZZOLO, Calogero, *Derecho e Integración regional*, EDIAR, Buenos Aires, 2010, págs. 696-697.

⁴ La limitativa normativa originaria del citado Tratado de Roma en materia de libre circulación económica no discriminatoria se había visto redimensionada por el Acta Única Europea con la noción de mercado interior como *espacio sin fronteras interiores* en el que la libre circulación de personas queda garantizada, posteriormente acompañada de un derecho de residencia.

⁵ Aun cuando sus antecedentes más remotos se encuentran en la formulación de ciertas propuestas –en el marco del proyecto de una Unión Europea que surge en la Cumbre de París de 1972– encaminadas a hacer extensivo el derecho de libre circulación a todos los nacionales de los Estados miembros, las primeras fisuras en el plano normativo, relativas a la consideración de dicha libertad como un derecho de contenido no necesariamente económico y no circunscrito en exclusiva a los trabajadores o a las personas en busca de un empleo, llegaron casi veinte años más tarde. El primer punto de inflexión se produjo gracias a las tres siguientes normas: la Directiva 90/364/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia*; la Directiva 90/365/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional*; y la Directiva 90/366/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los estudiantes* (posteriormente sustituida por la Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre). La importancia de estas tres Directivas –hoy derogadas por la Directiva 2004/38/CE–, ha sido determinante para la evolución que seguimos.

vincula la libre circulación de personas, *más allá* de su sentido económico, a los derechos derivados del estatuto de ciudadanía de la Unión.⁶

El **salto cualitativo** vino de la mano del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. La libre circulación y residencia venía abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no era un ámbito completo, es decir, no afectaba, antes de 1992, a “**toda la sociedad**”.⁷

El Tratado de Maastricht añadió una nueva segunda parte al entonces **Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), bajo el título “Ciudadanía de la Unión”**.⁸ Así los ciudadanos de la Unión fueron beneficiarios de una serie de derechos civiles y políticos, de entre los cuales el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros –con independencia ya de motivaciones de carácter laboral o profesional– es el que mayor repercusión jurídica y práctica ha venido teniendo.⁹ Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), en el presente con “el mismo valor jurídico que los Tratados” (cfr. art. 6.1, TUE), reconoce en su artículo

⁶ En julio de 2009 la Comisión afirmó que más de 8 millones de ciudadanos de la Unión han hecho uso de su derecho de libre circulación y residencia, y viven ahora en otro Estado miembro. La libre circulación de los ciudadanos “constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior y es el núcleo del proyecto europeo” (ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, Bruselas, 2 de julio de 2009, COM(2009) 313 final, pág. 3).

⁷ Ver su comentario al artículo 45 en MANGAS MARTÍN, Araceli (directora), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1998, pág. 719.

⁸ En palabras del actual artículo 20.1 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE, antiguo artículo 17 TCE): “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

⁹ El artículo 21.1 (TFUE, antiguo artículo 18.1 TCE) dice al respecto: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

45.1 que “Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

Nos encontramos frente a un *derecho universal* propio de todo ciudadano de la Unión. Un *derecho fundamental* inherente a la categoría política de la ciudadanía de la Unión. Se trata de una norma de *aplicación directa* cuyo disfrute, en sí mismo, no está condicionado por medidas de ejecución del Consejo o de los Estados miembros.

El *efecto directo* del antiguo artículo 18.1 (TCE) –actual artículo 21.1, TFUE- fue asumido directamente por la jurisprudencia comunitaria.¹⁰ En palabras del Tribunal de Justicia, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión “es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”¹¹. El TUE, afirma el juez de Luxemburgo, no exige que los ciudadanos de la Unión ejerzan una actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia, para poder *disfrutar* de los derechos relativos a la ciudadanía de la Unión. Además, concluye el Tribunal, no hay nada en el texto del Tratado que permita considerar que los ciudadanos de la Unión, que se hayan establecido en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena, se verán privados de los derechos conferidos por razón de la ciudadanía europea, cuando cese dicha actividad.¹² La libre circulación de personas es una de las bases de la Unión Europea. Por tanto, las excepciones a este principio deben interpretarse de forma estricta.¹³

La creación de una ciudadanía de la Unión, con el corolario de la libre circulación de sus titulares por el territorio de todos los Estados miembros, supone un gran avance cualitativo, porque *desvincula esa libertad de sus*

¹⁰ TJCE, *Baumbast*, sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, apartado 84.

¹¹ TJCE, *Grzelczyk*, sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, apartado 31.

¹² TJCE, *Baumbast*, sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, apartado 83.

¹³ TJCE, *Kempf*, sentencia de 3 de junio de 1989, asunto 139/85, apartado 13, y *Jipa*, sentencia de 14 de febrero de 2008, asunto C 33/07, apartado 23.

elementos funcionales o instrumentales (la relación con una actividad económica o con la consecución del mercado interior) *y la eleva a la categoría de derecho propio e independiente*, inherente al *status* político de los ciudadanos de la Unión.¹⁴

En la definición del alcance de la libre circulación de personas y residencia cobra relevancia como vemos el *elemento transfronterizo*.¹⁵ Esto es la invocación de esta libertad –como las otras libertades básicas- *requiere de algún tipo de circulación entre los Estados miembros*. Es el criterio que sigue la Directiva 2004/38/CE, de 29 abril, *sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*.¹⁶ Esta directiva se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se “traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia”, que le acompañen o se reúnan con él.¹⁷

La libre circulación de personas, señala Molina del Pozo, tiene una triple vertiente¹⁸: a) la libre circulación de personas no activas, en íntima conexión con

¹⁴ Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de marzo de 2007, en asuntos acumulados C-11/06 y C-12/06, apartado 82.

¹⁵ Del artículo 21 (TFUE) se infiere que tanto la circulación como la residencia han de presentar un *carácter intracomunitario* ya que dentro de cada Estado Miembro tienen sus nacionales, por obra de su propio derecho, el de residencia y circulación, que por supuesto no están sujetos “a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratado”. Igualmente sucede con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18, TFUE) aplicable “en el ámbito de aplicación de los Tratados”.

Igualmente en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyos destinatarios son las instituciones y órganos de la Unión así como los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión* y obliga a las instituciones a respetarlos en todos los ámbitos competenciales de la Comunidad (artículo 51, citada Carta). Dejando claro que la Carta “no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión”. También la Carta, como Derecho de la Unión que es, sólo se aplicará a las *situaciones intracomunitarias*.

¹⁶ Modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

¹⁷ Artículo 3 “Beneficiarios”.

¹⁸ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, *Derecho de la Unión Europea*, Editorial Reus S. A., Madrid, 2011, págs. 328 y ss.

la ciudadanía europea, b) la libre circulación de trabajadores, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y c) la libre circulación no solo de los nacionales de los países de la Unión sino también de nacionales de terceros países que pretendan vivir o residir en el territorio de los Estados miembros.

II. El elemento transfronterizo interpretado en relación al Estatuto de ciudadanía de la Unión

La libre circulación de personas y el consiguiente derecho de residencia requieren para su reconocimiento formal, como observamos, de la realización de una condición fáctica: el ***desplazamiento*** desde el Estado de origen hacia el Estado de acogida. El ***cruce*** de la frontera nacional se transforma entonces en un requisito de cumplimiento previo para disfrutar de los beneficios que, la libertad que estudiamos, reconoce al ciudadano de la Unión. El ejercicio de dicha libertad presupone, ante todo, el abandono del territorio nacional. Por lo tanto, el ejercicio de la libertad de circulación reconoce derechos que no derivan del derecho nacional, son derechos propios del ciudadano de la Unión.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia a través de una jurisprudencia expansiva y dinámica que sigue la aplicación del principio del ***efecto útil*** como herramienta de interpretación, ha reconocido el derecho de residencia derivado de la libertad de circulación –en especial a ciudadanos de terceros países– en situaciones donde no se presenta el elemento transfronterizo. Es decir sin que, previamente, se encuentre acreditado el hecho fáctico del abandono del territorio nacional. El fundamento jurídico de esta jurisprudencia el Tribunal lo ha encontrado en las normas que regulan la ciudadanía de la Unión en los Tratados, en particular en la interpretación hecha de los artículos 20.1 y 21.1 (TFUE).

La sentencia en el asunto *Ruiz Zambrano*¹⁹ representa el mayor punto de apertura del Tribunal de Justicia en su interpretación que prescinde del elemento **transfronterizo**. En dicho asunto la Abogada General sostuvo que “no creo que el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía de la Unión esté siempre inextricable y necesariamente unido a la circulación física. Actualmente, existen además situaciones de ciudadanía en los cuales el elemento de circulación real o **apenas se distingue o sinceramente no existe**”.²⁰

La misma abogada citó tres sentencias del Tribunal de Justicia en apoyo a su afirmación. El asunto *García Avelló* donde los progenitores eran españoles que se habían trasladado a Bélgica, pero sus hijos, Esmeralda y Diego (que tenían doble nacionalidad española y belga y cuyos controvertidos apellidos constituían el objeto del procedimiento) nacieron en Bélgica y, por lo que se deduce del informe para la vista, nunca abandonaron dicho Estado.²¹ El asunto *Zhu y Chen*, donde Catherine Zhu había nacido en una parte del Reino Unido (Irlanda del Norte) y simplemente se trasladó dentro del Reino Unido (a Inglaterra). La normativa que concedía en aquel entonces la nacionalidad irlandesa a quien hubiera nacido en la isla de Irlanda (incluida Irlanda del Norte), le permitieron basarse en la ciudadanía de la Unión para fundamentar un derecho de residencia en el Reino Unido para ella y su madre, de nacionalidad china, ya que, de otro modo, le habría sido imposible, siendo infante, ejercer de manera efectiva sus derechos como ciudadana de la Unión.²² El asunto *Rottmann*, la nacionalidad crucial (alemana por naturalización, antes que su nacionalidad anterior austriaca, de origen) fue adquirida por Rottmann después de trasladarse a Alemania desde Austria. Sin embargo, la sentencia no tiene en cuenta la circulación realizada con

¹⁹ TJUE, sentencia de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09.

²⁰ Conclusiones del Abogado General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, párrafo 77.

²¹ TJCE, sentencia de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02.

²² TJCE, sentencia de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02.

anterioridad, y examina únicamente los efectos *pro futuro* que tendría la pérdida de la nacionalidad alemana, que habría convertido a Rottmann en apátrida.²³

En el mismo sentido se había expresado con anterioridad otro Abogado General al afirmar que “no se debe circunscribir esta doctrina a las hipótesis en las que se ha circulado, pues también comprende aquellas en las que *se impide o se disuade de circular*, cuando los auxilios se destinan a formarse en otros Estados miembros, evidenciándose así la imprescindible conexión comunitaria para invocar el artículo 18 (TCE)”²⁴. El derecho europeo “permanece al margen de la política de los Estados sobre las ayudas para estudiar en el extranjero, pero, si deciden otorgarlas, vigila que las condiciones impuestas para disfrutarlas no limiten indebidamente la libre circulación”.²⁵

En el asunto *Ruiz Zambrano* la cuestión prejudicial que se plantea es sí el progenitor extranjero no comunitario –de nacionalidad colombiana- de un niño nacional de un Estado miembro –Bélgica- que no ha ejercido la libertad de circulación puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación. EL Tribunal de Justicia, en primer lugar, reconoce que la Directiva 2004/38/CE no es de aplicación en base a dos consideraciones: de una parte, porque en su artículo 3 apartado 1 la misma establece que se aplicará a “cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad”; y, de otra parte, porque dentro de los familiares incluidos en su ámbito de aplicación material

²³ TJUE, sentencia de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08.

²⁴ Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ya citadas, apartado 87. Sin resaltar en el original.

²⁵ Idem, apartado 88.

El Tribunal de Justicia resolvió que los antiguos artículos 17 (TCE) y 18 (TCE), “se oponen, en circunstancias como las de los litigios principales, a un requisito según el cual, para poder obtener una beca para cursar estudios en un Estado miembro que no sea el de la nacionalidad de los estudiantes que la solicitan, dichos estudios han de ser continuación de los realizados durante al menos un año en el territorio del Estado miembro de origen de los estudiantes” (TJCE, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln y Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, sentencia de 23 de octubre de 2007, asuntos acumulados C 11/06 y C 12/06).

entran los ascendientes “a su cargo”, más no a la inversa, por lo que tampoco sería de aplicación a este supuesto.

Descartada la Directiva 2004/38/CE, el Tribunal de Justicia se concentra en la interpretación del artículo 20 (TFUE) a partir de lo cual fija el punto de apertura. Las decisiones referentes a la denegación de un permiso de residencia o trabajo –afirma- **“privarían a los menores ciudadanos** de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la **Unión”**.²⁶ En efecto, la denegación del permiso de trabajo o de la residencia en Bélgica del matrimonio Ruiz Zambrano tendría la consecuencia, sostiene el juez de Luxemburgo, que los menores se verían obligados a ***abandonar*** el territorio de la Unión del que son ciudadanos. Siguiendo este razonamiento, y en consecuencia lógica, los referidos derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión pertenecen, según el Tribunal, a todos los ciudadanos comunitarios ***sin más condiciones***.

La doctrina ha señalado al respecto que existen ***de facto*** “dos tipos de ciudadanos”. El que tiene todos los derechos de la ciudadanía (porque “se ha movido” y aquel otro que es sólo potencialmente ciudadano (“mientras no se mueva”). Situación confusa pues, efectivamente, desde el Tratado de Maastricht, la ciudadanía no requiere más condición que la de ser nacional de un Estado miembro (art. 20, TFUE). Para el Tribunal de Justicia, una situación como la del asunto ***Ruiz Zambrano*** “no es una mera situación que quede desprotegida automáticamente del Derecho de la Unión y, en este sentido, es el estatuto de ciudadanía el que va a darle cobertura, activando además la protección comunitaria de los derechos fundamentales”.²⁷

²⁶ Idem, apartado 44.

²⁷ ABARCA JUNCO, Ana Paloma y GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas, “El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nr. 23, 2012, disponible en www.reei.org, pág. 14.

El problema de fondo que plantea la sentencia *Ruiz Zambrano* es el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en una materia como es la libertad de circulación de personas junto al derecho de residencia que la misma implica y, en especial, su *superposición* con el derecho interno de los Estados miembros. El punto de apertura que se fija en aquella sentencia comienza a cerrarse inmediatamente después en un giro más conservador del Tribunal de Justicia. En el asunto *McCarthy*, un caso semejante (porque no se aprecia el ejercicio de la libre circulación) el Tribunal de Justicia sentencia que el artículo 21 (TFUE) “no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.²⁸

En ambos casos, el Tribunal de Justicia activa la protección que confiere el estatuto de ciudadano de la Unión sin resultar marginados a meras situaciones internas. La diferencia radica en que el manto protector en *Ruiz Zambrano* se matiza en *McCarthy*. Ello debido a que en *Ruiz Zambrano* se concluye que la medida nacional sí tiene efectos perversos y contrarios a los derechos que le confiere el estatuto de la ciudadanía de la Unión, y ello no se detecta en el segundo, puesto que la Sra. McCarthy no se ve obligada a abandonar el territorio de la Unión.²⁹

²⁸ TJUE, sentencia de 5 de mayo de 2011, asunto C 434-09, párrafo 56.

²⁹ Ver MARÍN CONSARNAU, Diana, “TJUE – sentencia de 05.05.2011, s. *McCarthy / Secretary of State for the home department*, C-434/09 – «artículo 21 TFUE — libre circulación de personas — nacional que siempre ha residido en el estado miembro de su nacionalidad». nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Nr. 41, Enero-abril 2012, pág. 229.

En el asunto *Derci y otros*³⁰ el Tribunal remitente se pregunta si debe considerarse que la negativa a conceder un derecho de residencia a los demandantes en los litigios principales supone privar a los miembros de sus familias, que son ciudadanos de la Unión pero que no han abandonado el territorio del Estado del que son nacionales –en el caso Austria-, del **disfrute efectivo** del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión.

Los gobiernos intervinientes en el asunto³¹ y la Comisión europea son de la opinión que la Directiva 2004/38/CE no se aplica a los litigios principales, dado que los ciudadanos de la Unión interesados no han hecho uso de su derecho de libre circulación, y, por otro lado, tampoco se aplican las disposiciones del TFUE relativas a la ciudadanía de la Unión, ya que se trata de situaciones puramente internas **sin puntos de conexión** con el Derecho de la Unión. Concretamente, dichos gobiernos y la Comisión estiman que los principios enunciados en la sentencia *Ruiz Zambrano*, guardan relación con **situaciones totalmente excepcionales** en las que la aplicación de una medida nacional llevaría a la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión. En el presente caso, los hechos que dan origen a los litigios principales –afirman- difieren sustancialmente de los que dieron lugar a dicha sentencia, ya que los ciudadanos de la Unión interesados **no corren el riesgo de tener que abandonar el territorio de la Unión y, por tanto, de quedar privados del disfrute efectivo de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadanos de la Unión**. Según la Comisión europea, tampoco existe un **obstáculo** para el ejercicio del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros atribuidos a los ciudadanos de la Unión.³²

³⁰ TJUE, sentencia de 15 de noviembre de 2011, asunto C 256-11.

³¹ Austriaco, danés, alemán, irlandés, neerlandés, polaco y del Reino Unido.

³² TJUE, sentencia de 15 de noviembre de 2011, asunto C 256-11, apartado 40.

Según el Sr. Dereci, carece de pertinencia la cuestión de si existe o no una situación transfronteriza. Acerca de ello, el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el

El Tribunal de Justicia, al analizar las cuestiones prejudiciales planteadas rechaza, siguiendo su jurisprudencia en el asunto *McCarthy*, la aplicación de la Directiva 2004/38/CE por ausencia del elemento transfronterizo. A continuación, el mismo Tribunal evalúa si corresponden aplicar el artículo 20 (TFUE) y recuerda que las normas del TFUE en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a situaciones que no presenten ningún *punto de conexión* con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro.

Profundizando en el alcance de la doctrina que surge de la sentencia *Ruíz Zambrano*, el Tribunal de Justicia mantiene que el criterio relativo a la privación del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión guarda relación con situaciones caracterizadas por la circunstancia de **que el ciudadano de la Unión “se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto”**³³. Ese criterio tiene, por **tanto, en opinión del juez de Luxemburgo, “un carácter muy específico, en el sentido de que se refiere a situaciones en las que, pese a no ser aplicable el Derecho secundario de la Unión en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros Estados, excepcionalmente no cabe denegar un derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro, pues de hacerlo se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que disfruta ese último nacional”**³⁴.

Para el Tribunal de Justicia, el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer *deseable*, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su

aspecto que ha de considerarse es si se deniega al ciudadano de la Unión el disfrute del contenido esencial de los derechos derivados de su estatuto. El Sr. Dereci afirma que en ese caso se encuentran sus hijos, dado que dependen de él para su sustento, cuya efectividad podría verse afectada si llegara a ser expulsado del territorio austriaco (Idem, apartado 42).

³³ Idem, párrafo 66.

³⁴ Idem, párrafo 67.

familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con **él en el territorio de la Unión “no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido”**.³⁵

En el asunto *Iida*³⁶ el Tribunal de Justicia confirma que fuera de las situaciones reguladas por la Directiva 2004/38/CE y cuando tampoco existe otro **elemento de conexión** con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía, un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión.³⁷ El Tribunal repite su **jurisprudencia en el sentido de que “las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países”**.³⁸

En efecto, concluye el Tribunal, al igual que ocurre con los derechos conferidos por la Directiva 2004/38/CE a los miembros de la familia nacionales de terceros países de un ciudadano de la Unión beneficiario de ésta, los eventuales derechos conferidos a los nacionales de terceros países por las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no son derechos propios de esos nacionales, sino **derechos derivados** del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión.³⁹ La finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede

³⁵ Idem, párrafo 68. De cualquier modo, el Tribunal pareciera atenuar el rigor de sus conceptos al **reconocerles a los tribunales nacionales un margen de apreciación: “si el tribunal remitente considerase, atendiendo a las circunstancias de los litigios principales, que la situación de los demandantes en éstos está regida por el Derecho de la Unión, deberá examinar si la denegación del derecho de residencia de éstos vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar previsto en el artículo 7 de la Carta. Si considerase, en cambio, que esa situación no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, deberá realizar ese examen a la luz del artículo 8, apartado 1, del CEDH (ídem, párrafo 72).**

³⁶ TJUE, sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C 40-11.

³⁷ Idem, apartado 82.

³⁸ Idem, apartado 66.

³⁹ Idem, apartado 67. En el mismo sentido asuntos *McCarthy*, apartado 42, y *Dereci y otros*, apartado 55 ya citadas.

suponer un *menoscabo* de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión, *disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida*.⁴⁰

En qué situación queda la doctrina de la sentencia *Ruíz Zambrano* después de lo expuesto. El punto de apertura que significó dicha sentencia comenzó sistemáticamente a cerrarse poco tiempo después con la sentencia *McCarthy*. En el asunto *Iida* el Tribunal de Justicia reduce aquella doctrina a *situaciones muy específicas*. El *elemento común* que caracteriza las mencionadas situaciones –en opinión del juez de Luxemburgo- es que aun cuando se rijan por normativas que *a priori* son competencia de los Estados miembros, es decir, normativas sobre el derecho de entrada y de residencia de los nacionales de terceros países fuera del ámbito de aplicación de las Directivas 2003/109 o 2004/38, están *intrínsecamente relacionadas* con la libertad de circulación de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a dichos nacionales en el Estado miembro en el que reside el ciudadano, para no menoscabar esta libertad.⁴¹ Consiguientemente, el Tribunal rechaza que la perspectiva *puramente hipotética* del ejercicio del derecho a la libre circulación constituye un *vínculo suficiente* con el Derecho de la Unión como para justificar la aplicación de sus disposiciones. Lo mismo cabe decir de las perspectivas meramente hipotéticas de obstáculos para ese derecho.⁴²

⁴⁰ Idem, apartado 68.

⁴¹ Idem, apartado 71 y 72.

⁴² Idem, párrafo 77. El demandante en el asunto principal, por un lado, disponía de un derecho de residencia conforme al Derecho nacional, prorrogable sin mayor dificultad, según el Gobierno alemán, y, por otro lado, podía en principio obtener el estatuto de residente de larga duración en el sentido de la Directiva 2003/109. En consecuencia, el Tribunal concluye que “no cabe sostener que la resolución controvertida en el litigio principal suponga el riesgo de privar a la hija o a la esposa del Sr. Iida del disfrute efectivo de la esencia de los derechos inherentes a su estatuto de ciudadanas de la Unión o de obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

En un asunto posterior⁴³ donde se trata de establecer si las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la ciudadanía de la Unión deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro deniegue al nacional de un tercer país un permiso de residencia solicitado al amparo de la reagrupación familiar, cuando dicho nacional pretende residir con su cónyuge, también nacional de un tercer país legalmente residente en dicho Estado miembro y madre de un hijo, fruto de un primer matrimonio y que es ciudadano de la Unión, y con el hijo fruto de su propia unión, que posee también la condición de nacional de un tercer país, el Tribunal de Justicia sigue el mismo criterio.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta si el hecho de que el solicitante del permiso de residencia conviva bajo el mismo techo con su cónyuge, no sea el padre biológico del menor que es ciudadano de la Unión y no tenga el derecho de guarda y custodia de dicho menor puede tener incidencia sobre la interpretación que debe darse a las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión.

Los gobiernos⁴⁴ y la Comisión europea que intervienen en el proceso descartan que pueda aplicarse al caso la doctrina de la sentencia ***Ruiz Zambrano***. Los hechos que originaron los litigios principales –afirman– difieren sustancialmente de los que dieron lugar a dicha sentencia. Argumenta en consecuencia que los Sres. O. –nacional de Costa de Marfil– y M. –nacional argelino– no son los padres biológicos de los niños de corta edad que son ciudadanos de la Unión y de los que pretenden hacer derivar su derecho al permiso de residencia. Aquéllos no tienen la guarda y custodia de estos menores. Además, las madres de los niños –de nacionalidad ghanesa y argelina respectivamente– disfrutaban ellas mismas de un derecho de residencia permanente en Finlandia, por lo que sus hijos, ciudadanos de la Unión, no están obligados a abandonar el territorio de la Unión, a diferencia de los menores de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia ***Ruiz Zambrano***. Si las madres de dichos

⁴³ TJUE, sentencia de 6 de diciembre de 2012, asuntos C 356-11 y C 357-11.

⁴⁴ Finlandés, danés, alemán, italiano, neerlandés y polaco.

ciudadanos de la Unión decidiesen abandonar el territorio de la Unión a fin de preservar la unidad familiar –concluyen-, no se trataría de una consecuencia ineludible de la denegación del derecho de residencia a sus cónyuges.⁴⁵

Al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas, el Tribunal de Justicia –ya se dijo- mantiene su tendencia a cerrar el punto de apertura abierto con la sentencia *Ruíz Zambrano*. De este modo se recuerda que dicha doctrina se refiere **a situaciones en las que, “excepcionalmente no cabe denegar un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un nacional de un Estado miembro, pues de hacerlo se privaría de efecto útil a la ciudadanía de la Unión de la que disfruta ese último nacional”**.⁴⁶

El Tribunal de Justicia concluye en que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si la denegación de las solicitudes de residencia presentadas al amparo de la reagrupación familiar en circunstancias como las enjuiciadas en los litigios principales implica, para los ciudadanos de la Unión afectados, la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por su estatuto. Ahora bien, al determinar que principios debe ser tenidos en cuenta al decidir, el Tribunal establece que si bien los principios establecidos en la sentencia *Ruiz Zambrano*, **“únicamente son aplicables en circunstancias excepcionales”, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia** –afirma éste- no resulta que su aplicación se reserve a situaciones en que exista una relación biológica entre el nacional del tercer país para el que se solicita un derecho de residencia y el ciudadano de la Unión, que es un niño de corta edad, del que se derivaría eventualmente el derecho de residencia del solicitante.⁴⁷ En efecto, siguiendo al Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, el **Tribunal de Justicia sostiene que es la “relación de dependencia” entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se**

⁴⁵ TJUE, sentencia de 6 de diciembre de 2012, asuntos C 356-11 y C 357-11, apartado 38.

⁴⁶ Idem, apartado 48.

⁴⁷ Idem, apartado 55.

deniega el derecho de residencia la que puede desvirtuar el *efecto útil* de la ciudadanía de la Unión, dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria. De cualquier manera, más allá de que es el órgano jurisdiccional remitente quien debe evaluar, el Tribunal de Justicia concluye en que no parece ser el caso en el asunto en cuestión.

La misma postura mantiene el Tribunal de Justicia al sentenciar en el asunto *Ymeraga*⁴⁸. Allí se afirma que el artículo 20 (TFUE) debe interpretarse en el sentido de que *no se opone* a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer país la residencia en su territorio, siendo así que ese nacional pretende residir con un miembro de su familia que es ciudadano de la Unión Europea residente en ese Estado miembro del que es nacional y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación en su condición de ciudadano de la Unión, siempre que esa denegación no implique privar al ciudadano de la Unión interesado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión.

Luego de rechazar por ausencia del elemento transfronterizo la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, recuerda sus sentencias *McCarthy* y *Derici* para afirmar que si un ciudadano de la Unión no está incluido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada directiva, un miembro de su familia tampoco está incluido en ese concepto, puesto que los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un **beneficiario de ésta "no son derechos propios de esos miembros sino derechos**

⁴⁸ TJUE, sentencia de 8 de mayo de 2013, asunto C-244/13

derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del **beneficiario**".⁴⁹

El Tribunal de Justicia vuelve sobre su afirmación de que existen situaciones *muy específicas* en las que, pese a no ser aplicable el Derecho secundario en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trata no ha ejercido su libertad de circulación, *excepcionalmente* no cabe denegar un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de hacerlo se vulneraría el *efecto útil* de la ciudadanía de la Unión de la que disfruta este último, si, a consecuencia de esa denegación, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, siendo privado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto.

El elemento que –en opinión del Tribunal– caracteriza las mencionadas situaciones es que, aun cuando se rijan por normativas que *a priori* son competencia de los Estados miembros, es decir, normativas sobre el derecho de entrada y de residencia de los nacionales de terceros países fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones de Derecho derivado que, bajo determinadas condiciones, contemplan la atribución de ese derecho, están *intrínsecamente* relacionadas con la libertad de circulación de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a dichos nacionales en el Estado miembro en el que reside el ciudadano, para no menoscabar esta libertad.

En el asunto en cuestión, el Tribunal de Justicia encuentra que el único elemento que a juicio del órgano jurisdiccional remitente podría justificar la concesión de un derecho de residencia a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión interesado es la *voluntad* del Sr. Kreshnik Ymeraga de que se realice

⁴⁹ Idem, apartado 31.

la reagrupación familiar con dichos miembros en su Estado miembro de residencia (Luxemburgo), del que posee la nacionalidad. Dicha voluntad sostiene el Tribunal “**resulta insuficiente para considerar que la denegación de dicho derecho de residencia podrá tener como consecuencia privar al Sr. Kreshnik Ymeraga del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión**”⁵⁰.

En otra cuestión prejudicial planteada por un juez luxemburgués decidida en el asunto *Alokpa*⁵¹, debía resolverse si debía interpretarse el artículo 20 (TFUE), en su caso, en relación con los artículos 20, 21, 24, 33 y 34 (CDFUE), o alguno o algunos de ellos, interpretados independiente o conjuntamente, en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a una nacional de un Estado tercero –ciudadana de Togo-, que asume en solitario el cuidado de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión –los menores había sido reconocidos por un ciudadano francés-, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos en donde viven con él desde su nacimiento, sin que tengan la nacionalidad de ese Estado miembro, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de residencia o un permiso de trabajo. El juez remitente, además, se pregunta si debe considerarse que tales decisiones pueden privar a dichos menores, en su país de residencia en el que viven desde su nacimiento, del *disfrute efectivo* del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión también en el caso de que su otro ascendiente en línea directa –el padre francés-, con el que nunca han llevado una vida familiar común, resida en otro Estado de la Unión, del que es nacional.

El Tribunal de Justicia recuerda aquí que del mismo modo en que el artículo 21 (TFUE) y la Directiva 2004/38/CE confieren un derecho a residir en el

⁵⁰ Idem, apartado 39. Lo dicho, responde el Tribunal de Justicia, no prejuzga la cuestión de si podría denegarse un derecho de residencia a los nacionales de terceros países afectados en el marco del litigio principal sobre la base de un examen a la luz de las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del que son parte todos los Estados miembros.

⁵¹ TJUE, sentencia de 10 de octubre de 2013, asunto C 86/12.

Estado miembro de acogida al menor de corta edad nacional de otro Estado miembro que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra b), **de dicha directiva, “estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida”**.⁵²

En el caso de autos, sentencia el Tribunal, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si los hijos de la Sra. Alokpa cumplen los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE y, en consecuencia, gozan del derecho a residir en el Estado miembro de acogida en virtud del artículo 21 (TFUE). **En particular, “dicho órgano jurisdiccional debe verificar si los menores en cuestión disponen, por sí mismos o gracias a su madre, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38”**.⁵³ Si no concurren los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE, el **artículo 21 (TFUE) “debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se deniegue a la Sra. Alokpa el derecho a residir en el territorio luxemburgués”**.⁵⁴

En lo que respecta a la interpretación del artículo 20 (TFUE) el Tribunal de Justicia afirma que, para el caso de que el juez remitente no encuentre violación **al artículo 21 (TFUE), “deberá verificar asimismo si puede concedérsele no obstante tal derecho de residencia con carácter excepcional si de no hacerlo se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que disfrutaban los hijos de la interesada, dado que, a consecuencia de esa denegación, los menores en cuestión se verían obligados de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, siendo privados del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto”**.⁵⁵

⁵² Idem, apartado 29.

⁵³ Idem, apartado 30.

⁵⁴ Idem, apartado 31.

⁵⁵ Idem, apartado 33.

Como se recordará esta salida, reconocimiento del margen de apreciación al juez nacional, no se utilizó en el asunto *Ruíz Zambrano*. Por el contrario fue el propio Tribunal de Justicia quien, fijando un punto de apertura en su interpretación, concedió *directamente* la protección judicial al declarar contrario al artículo 20 (TFUE) la denegación del permiso de residencia a los padres colombianos de la menor ciudadana de la Unión. ¿Qué diferencia encuentra el Tribunal entre uno y otro asunto? ¿Por qué no accede a la protección directa de los menores ciudadanos de la Unión? ¿Se encuentran dichos menores ante la posibilidad cierta de que se vean obligados a abandonar el territorio de la UE? Precisamente este último punto le permite al Tribunal de Justicia fundar su decisión apartándose de la doctrina Ruíz Zambrano.

Si las autoridades luxemburguesas denegasen a la Sra. Alokpa el derecho de residencia –afirma el Tribunal–, sus hijos *no se verían obligados por este hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto*. Ello en razón de que la misma, en su condición de madre y como persona que se ocupa en solitario del cuidado efectivo de éstos desde su nacimiento, podría beneficiarse de un derecho derivado a acompañarles y a residir con ellos en el territorio francés. Corresponde no obstante al órgano jurisdiccional remitente –se concluye– verificar que así sucede en este caso habida cuenta de todas las circunstancias del litigio principal.

III. El tiempo de permanencia en el estado de acogida

En cuanto al *derecho de residencia*, la citada Directiva 2004/38/CE lo regula conforme al *tiempo de permanencia* en el Estado de acogida. La jurisprudencia comunitaria ha hecho una interpretación *amplia* de este requisito que permite también aquí hablar de un punto de apertura. El resultado ha sido una ampliación en la concesión del derecho de residencia *derivado* a nacionales de un tercer Estado que no parece apreciarse al tratar –en las situaciones

observadas en el punto anterior- cuestiones relacionadas con la reunificación familiar.

Recientemente, por ejemplo, el Tribunal de Justicia, ha tenido oportunidad de resolver una cuestión prejudicial donde se discutía si un ciudadano nigeriano que contrajo matrimonio en Irlanda con una ciudadana francesa, había adquirido el derecho de residencia permanente en aquél país –conforme al artículo 16 apartado 2 de la Directiva 2004/38/CE-, aunque en el transcurso del período de residencia permanente requerida los esposos habían decidido separarse y comenzado a vivir con otras parejas, y el cónyuge ciudadano de la Unión había dejado de facilitar u ofrecer al nacional del tercer país el alojamiento ocupado por este último.⁵⁶

En efecto, como la Directiva 2004/38/CE supedita la adquisición del derecho de residencia permanente por parte de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión al requisito de que **éstos hayan residido legalmente “con”** el ciudadano de la Unión durante un período continuado de cinco años, se plantea la cuestión de si la *separación de los cónyuges en el período de que se trata impide considerar cumplido este requisito, en razón de la inexistencia, no sólo de cohabitación, sino, sobre todo, de una comunidad de vida conyugal efectiva.*

Al respecto el Tribunal de Justicia defendió la tesis de que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que así lo declare la autoridad competente, y que no es ése el caso de los cónyuges que *simplemente viven separados*, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente, de modo que *no es necesario que el cónyuge viva permanentemente con el ciudadano de la Unión para que pueda ser titular de un derecho derivado de residencia*. Por lo tanto, en el caso en cuestión, a efectos de la adquisición de un derecho de residencia permanente con arreglo al artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, el Tribunal de Justicia deja en claro que **“carece de**

⁵⁶ TJUE, sentencia de 10 de julio de 2014, asunto C 244/13, apartado 28.

pertinencia el hecho de que, en el período comprendido entre el 11 de octubre de 1999 y el 11 de octubre de 2004, los cónyuges no sólo cesaran de vivir juntos, **sino que además vivieran con otras parejas**".⁵⁷

El Tribunal de Justicia afirma, además, que dicha interpretación se ajusta a la necesidad de **no interpretar restrictivamente** las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE y de no privarlas de su efecto útil. Si el artículo 16, apartado 2, de dicha Directiva fuera objeto de una interpretación literal, afirma el juez de Luxemburgo, el nacional de un tercer país –en el caso el ciudadano nigeriano– podría encontrarse en una situación de vulnerabilidad a causa de medidas unilaterales adoptadas por su cónyuge, lo que iría en contra del espíritu de dicha directiva. Uno de cuyos objetivos consiste precisamente, según los términos de su considerando 15, en ofrecer protección jurídica a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que residan ya en el Estado miembro de acogida, a fin de permitirles que, en ciertos casos y con determinados requisitos, conserven su derecho de residencia a título exclusivamente personal.⁵⁸

Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, concluye el Tribunal de Justicia, procede responder que el artículo 16, apartado 2, de la **Directiva 2004/38/CE "debe interpretarse en el sentido de que procede considerar** que ha adquirido el derecho de residencia permanente contemplado en esa disposición un nacional de un tercer país que ha residido en un Estado miembro, durante un período continuado de cinco años anterior a la fecha de transposición de esa Directiva, como cónyuge de un ciudadano de la Unión que trabajaba en ese Estado miembro, aunque en el transcurso de dicho período los esposos hayan decidido separarse y comenzado a vivir con otras parejas, y el cónyuge ciudadano de la Unión haya dejado de facilitar u ofrecer al nacional del tercer país el **alojamiento ocupado por este último**".⁵⁹

⁵⁷ TJUE, sentencia de 10 de julio de 2014, asunto C-244/13, apartado 38.

⁵⁸ TJUE, sentencia de 10 de julio de 2014, asunto C-244/13, apartado 40.

⁵⁹ TJUE, sentencia de 10 de julio de 2014, asunto C-244/13, apartado 47.

Sin embargo, el punto de apertura ensayado aquí por el juez de Luxemburgo parece cerrarse en la exigencia de una residencia efectiva. Veamos otro caso reciente a modo de ejemplo.

La inexistencia del derecho de residencia derivado en favor del nacional de un tercer Estado, afirma el Tribunal de Justicia, *podría disuadir* al trabajador, ciudadano de la Unión, de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer una actividad laboral en el territorio de otro Estado miembro, ante la falta de certeza de este trabajador de poder continuar, a su vuelta al Estado miembro de origen, una convivencia familiar comenzada eventualmente mediante matrimonio o reagrupación familiar en el Estado miembro de acogida. En consecuencia, el **obstáculo** a la salida del Estado miembro del que es nacional el trabajador, resulta de la denegación, en el momento del regreso del trabajador a su Estado miembro de origen, de un derecho de residencia derivado a los miembros de la familia de dicho trabajador, nacionales de un tercer Estado, cuando este último ha residido con aquéllos en el Estado miembro de acogida en virtud del Derecho de la Unión y con observancia de éste.⁶⁰

Ahora bien, el Tribunal de Justicia aclara que sólo existirá un **obstáculo** –en el sentido indicado- cuando la residencia del ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida tenga una “efectividad suficiente” para permitirle desarrollar o consolidar una convivencia familiar en este Estado miembro. Por lo tanto, el **artículo 21.1 (TFUE)**, “no exige que toda residencia de un ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida acompañado de un miembro de su familia, nacional de un tercer Estado, implique necesariamente la concesión de un derecho de residencia derivado a este miembro de la familia en el Estado miembro cuya nacionalidad posee el ciudadano en el momento del regreso de éste a este Estado miembro”.⁶¹

⁶⁰ TJUE, sentencia de 12 de marzo de 2014, asunto C-456/12, apartado 47.

⁶¹ Idem, apartado 51.

Por lo tanto, es la **residencia efectiva** en el Estado miembro de acogida del ciudadano de la Unión y del miembro de su familia, nacional de un tercer Estado, en virtud, respectivamente, de los apartados 1 y 2 del artículo 7 o del artículo 16 de la Directiva 2004/38/CE, y con arreglo a los requisitos establecidos en éstos, **“la que origina, al regreso de este ciudadano de la Unión al Estado miembro de su nacionalidad, un derecho de residencia derivado, con fundamento en el artículo 21 TFUE, apartado 1, en favor del nacional de un tercer Estado con el que dicho ciudadano ha mantenido una convivencia familiar en el Estado miembro de acogida”**.⁶²

El juez de Luxemburgo concluye en que, en el asunto en cuestión, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las personas de referencia, que son ciudadanos de la Unión, se instalaron y, por tanto, residieron efectivamente en el Estado miembro de acogida y si, en razón de la convivencia familiar mantenida con ocasión de dicha residencia efectiva, los ciudadanos de terceros países involucrados disfrutaron de un derecho de residencia derivado en el sentido expuesto. Pero además hace una llamativa referencia a que, **la aplicación del Derecho de la Unión, “no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas”, teniendo en cuenta que para probar que existe una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención**.⁶³

IV. Conclusiones

⁶² Idem, apartado 56.

⁶³ Idem, apartado 58.

A diferencia del punto de apertura fijado en la doctrina del asunto *Ruiz Zambrano*, creado utilizando como herramienta de interpretación el principio de efecto útil, en sentencias posteriores que involucraban también a ciudadanos de terceros países, dicho punto parece cerrarse mediante una interpretación restrictiva. Así lo pone de manifiesto el Tribunal de Justicia al resaltar, por ejemplo, el carácter *excepcional* de dicha doctrina y la necesidad de que, en los hechos del caso, se dé un *punto de conexión*, también excepcional, con el derecho de la Unión. A lo dicho se suma el abandono, por parte del mismo Tribunal, de la protección directa a favor del reconocimiento de un margen propio de apreciación al juez nacional, así como la negativa a interpretar el estatuto de ciudadanía de la Unión en una relación más estrecha e integrada con la CDFUE. Esto último, en especial en una cuestión tan sensible para los derechos del niño como la reagrupación familiar.

Ensayos /

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN Y LA INTEGRACIÓN EUROPEA A PARTIR DE ASPECTOS SELECCIONADOS DE LA SENTENCIA SOBRE EL TRATADO DE LISBOA¹

Pablo C. CAUDEVILLA

Sumario

- I. Introducción. A modo de presentación. - 1. Notas metodológicas y de objeto. - 2. Introducción al tema objeto del trabajo. - A. Sucinto encuadre del marco normativo constitucional. - B. Breve cronología de pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán con anterioridad a la sentencia del Tratado de Lisboa. - C. Evolución de las posibilidades de control que fue explicitando el Tribunal Constitucional Alemán. - D. Breve referencia a los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa. a) Proceso legislativo interno necesario para la adopción plena del Tratado. b) Procesos judiciales ante el Tribunal Constitucional alemán. - II. Desarrollo del análisis de la sentencia. - 1. Estructura de la sentencia. - 2. El control constitucional. - 3. El pronunciamiento. - III. Reflexiones finales: algunas notas a modo de conclusión. - IV. Bibliografía.

§

I. Introducción. A modo de presentación

1. Notas metodológicas y del objeto

Previo a enfocarme en la consideración de los temas estudiados para la elaboración de este trabajo, cabe hacer una advertencia metodológica preliminar.

Las temáticas a presentar en estas líneas resultan de tal relevancia que podrían ser merecedoras de un estudio más profundo, incluso el núcleo de una tesis doctoral. Ello, en atención a la profundidad y complejidad técnica de los

¹ Trabajo de final presentado en el curso de doctorado "Problemas jurídicos que presenta la integración supranacional: la Unión Europea" a cargo del prof. Calogero Pizzolo, desarrollado como parte del plan de trabajo de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Buenos Aires el segundo semestre de 2013 en la Facultad de Derecho.

contenidos a explorar y, particularmente, en razón de la importancia que tiene la relación entre el derecho constitucional de los 28 Estados parte y el Derecho de la Unión Europea, así como la vinculación entre las jurisdicciones constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión con sede en Luxemburgo para la evolución de un Derecho armónico de la Integración. Dada la trascendencia del derecho constitucional dentro de un proceso de integración, en un ordenamiento jurídico que se interrelaciona con otros de similar vocación de preferencia normativa en sus Estados parte (donde se conjuga la tensión entre la primacía ¿pacíficamente reconocida? al derecho comunitario y la supremacía generalmente aceptada de las Constituciones en el ordenamiento interno de los Estados de la Unión), especialmente en un proceso integración que está en permanente evolución, y máxime en el más avanzado hasta el momento que es la Unión Europea (compuesta hoy por 28 miembros), donde sin duda el Tribunal Constitucional Alemán ha jugado un papel reconocido en su afianzamiento con su reconocido diálogo con el Tribunal de Luxemburgo; es entonces que el pronunciamiento de este actor relevante constitucional en relación con el último gran Tratado de la integración europea (cuyo objetivo es afianzar un proceso de integración en suspenso tras el frustrado tratado constitucional) es a todas luces de una importancia singular. Ésta se refuerza por la materia que trata su contenido: la potencial inconstitucionalidad de las leyes internas referidas al Tratado (la de su ratificación, la de necesaria modificación de la Ley Fundamental y la de acompañamiento, con el objeto de reforzar las competencias del Bundestag y el Bundesrat); en una extensión de 420 numerales y 77 páginas.

Todo esto da una somera idea de que el abordaje en mayor profundidad de estos temas (y potenciales aristas siquiera tratadas en la sentencia objeto de las notas de este trabajo) resulta de un interés esencial, para contribuir con la generación de conocimientos doctrinales que coadyuven a una evolución institucional deseable – y sin fricciones- de la integración Europea.

No obstante (y aquí es pertinente la advertencia metodológica preliminar), a pesar de lo apasionante de la temática y lo relevante de su

abordaje; al tratarse de un trabajo de extensión limitada y cuya finalidad es puntual (puesto que es un elemento adicional para cumplimentar la evaluación y conclusión de nuestro curso de doctorado de 30 horas de duración) abarcaré ciertos puntos al solo grado de enunciación, haciendo desarrollos más puntuales donde los temas lo ameriten por ser núcleo de este trabajo; ya que una mayor explicación o profundización, haría que el trabajo exceda ampliamente sus objetivos y el texto, por supuesto, tendría una extensión mucho más allá de la prevista.

2. Introducción al tema objeto del trabajo

A. Sucinto encuadre del marco normativo constitucional

Desde su creación, la Ley Fundamental de Alemania (*Grundgesetz*) ha consagrado la vocación alemana hacia la integración y la cooperación internacional y a partir del propio Preámbulo ya se expresa el deseo del pueblo alemán de servir a la paz internacional en una Europa unida.

En el transcurso evolutivo de la integración, la República Federal de Alemania ha transferido competencias a las Comunidades Europeas de acuerdo a su normativa constitucional de ese entonces, valiéndose de la cláusula establecida en el artículo 24.1 de la GG, referida a las organizaciones intergubernamentales.

Con base jurídica en el mencionado artículo de la Ley Fundamental, la transferencia sólo requería una ley simple del Bundestag, situación que generaba tensiones desde el punto de vista del equilibrio institucional y la coherencia constitucional puesto que la transferencia de competencias –que exigía sólo una mayoría simple en la votación– podía tener por resultado importantes repercusiones de tenor constitucional (en tanto que otras reformas constitucionales exigían una mayoría especial de dos tercios, en virtud del art. 79.2 de la GG) y, por otra parte, se violentaba el legítimo rol institucional del *Bundesrat* (por no dársele papel alguno en el procedimiento de transferencia, a

pesar de que como resultado de ésta podrían eventualmente afectarse competencias propias de este órgano constitucional).

Esta insatisfactoria situación en relación a la transferencia de competencias para la integración con Europa fue modificada por la transformación operada gracias a la intervención del legislador constitucional en 1992, incorporando el artículo 23 a la Ley Fundamental como paso previo a la ratificación del Tratado de Maastricht (o de la Unión Europea), hito de la integración europea.

A partir de entonces, se consagra la contribución de Alemania para la realización de una Europa Unida mientras que, a su vez, se sientan las bases normativas explícitas en la Ley Fundamental para exigir a la Unión Europea el respeto de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad, así también como una protección de los derechos fundamentales bajo estándares comparables a los asegurados por el texto constitucional.

La consagración del artículo 23.1 mencionado mantiene un procedimiento legislativo ordinario para la transferencia de competencias, respetando el rol del *Bundesrat* (es suficiente una ley ordinaria adoptada por el *Bundestag* con aprobación del *Bundesrat*). Resguarda, asimismo, la coherencia constitucional al exigir la misma mayoría de dos tercios de ambas Cámaras (que es la requerida por el artículo 79.2 para reformar la propia Ley Fundamental) cuando la creación o evolución de la Unión Europea por reformas de los Tratados constitutivos (o normativa análoga) afecte de manera tal los principios constitucionales alemanes que haga necesario una reforma o complementación constitucional para evitar la contradicción normativa entre la Unión Europea y el Estado alemán.

Por su parte, la aplicación del art. 79.3 de la Ley Fundamental, por remisión del art. 23.1 del propio texto constitucional, establece límites infranqueables a la transferencia de cierto tipo de competencias a la Unión Europea; ello puesto que la "garantía de eternidad" (*Ewigkeitsgarantie*) del

derecho constitucional alemán establece limitaciones a la modificación de la Ley Fundamental hasta para el propio legislador constitucional, las cuales -por imperio de la remisión comentada- se hacen extensibles para la transferencia de competencias con fines de integración en Europa.

B. Breve cronología de pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán con anterioridad a la sentencia del Tratado de Lisboa

Entre los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania que se dedican a la relación entre el derecho comunitario y el orden jurídico alemán puede hacerse una breve mención selectiva, como de hitos de la jurisprudencia alemana, respecto de los siguientes:

Sentencia de 22 de octubre de 1986, 2 BvR 197/83 (Solange II), BVerfGE 73, 339.

Sentencia de 12 de octubre de 1993 relativa al Tratado de Maastricht, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92 (Maastricht), BVerfGE 89,155.

Sentencia de 7 de junio de 2000 («Plátanos II»), 2 BvL 1/97, NJW 2000, 3124.

Sentencia de 18 de julio de 2005 relativa a la orden europea de detención y entrega: BVerfGE 113, 273.

Sentencia de 30 de junio de 2009 relativa al Tratado de Lisboa BVerfG, 2 BvE 2/08.

C. Evolución de las posibilidades de control que fue explicitando el Tribunal Constitucional Alemán

Sin ánimo alguno de exhaustividad (dada la naturaleza de este trabajo) podrían simplícidamente mencionarse como tipos de control que fueron perfilándose a partir de los pronunciamientos (previos a la sentencia sobre el Tratado de Lisboa) citados:

- Control tipo I: Cuando el estándar aplicable a la protección de los derechos y libertades fundamentales sea inferior al aplicado de acuerdo con la GG, el TCF podría volver a ejercer un control sobre si los actos comunitarios no respetan los derechos fundamentales garantizados por la GG.

- Control tipo II: Cuando la UE excede los poderes que le han sido atribuidos la aplicación del Tratado de Maastricht sería inconstitucional. De esta manera el Tribunal estaría facultado a declarar dicho acto (ausbrechende Rechtsakte) no aplicable en la República Federal de Alemania.

- Control tipo III: El Estado debería retener tareas «de importancia sustancial», que no podrían ser objeto de renuncia; de esta manera, ante un argumento relativo a la «desestatalización», el TCA tendría competencia para verificar si se vulneran los principios inalienables del artículo 23.1, tercera frase, en combinación con el 79.3 GG.

D. Breve referencia a los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa

a) Proceso legislativo interno necesario para la adopción plena del Tratado:

Sin perjuicio de otros hitos de la evolución de la integración que no son objeto de las presentes líneas; tras el frustrado intento del Tratado que establece una Constitución para Europa, la firma del Tratado de Lisboa (que vino a sustituirlo manteniendo sus lineamientos fundamentales) requería para su ratificación en Alemania un conjunto de normas de carácter legislativo .

Estas tres leyes fueron:

a) Zustimmungsgesetz (ley de aprobación): ley que contiene el texto del tratado y autoriza al presidente a firmarlo además de funcionar como un mandato u orden de aplicación de acuerdo a la dinámica de funcionamiento de los tratados en el Derecho alemán;

b) Gesetz zur die Änderung des Grundgesetzes (ley de modificación o reforma constitucional): ley que modifica la Ley Fundamental e integra los nuevos derechos de los parlamentos nacionales derivados del texto del Tratado de Lisboa, a regir tras la entrada en vigor del Tratado;

c) Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (ley de

ampliación y fortalecimiento de los Derechos de la Cámara de Diputados y del Senado sobre asuntos de la Unión Europea): es una ley de acompañamiento o complementaria (Mitwirkungsgesetz) que, en este caso, extiende y refuerza las atribuciones de ambas cámaras legislativas alemanas en razón de la aplicación del nuevo Tratado, para entrar en vigor con posterioridad a la ley de modificación constitucional (norma mencionada aquí en segundo término).

b) Procesos judiciales ante el Tribunal Constitucional alemán

Por un lado se han presentado dos recursos institucionales: técnicamente Organstreitigkeit (conflicto de competencias) de acuerdo al art. 93.1.1. Entre sus fundamentos, se encontraban que el Tratado de Lisboa suponía una renuncia al principio del Estado social y democrático de derecho. Por otra parte se argumentaba que las disposiciones sobre la política de seguridad podrían impedir que el Bundestag decidiera sobre el envío de soldados alemanes al extranjero.

Asimismo, mediante el procedimiento de Verfassungsbeschwerden (recurso de amparo, también conocido como queja constitucional) el Tribunal ha debido examinar impugnaciones con fundamento en una supuesta pérdida de soberanía en manos de un ente no democrático y de la capacidad del Estado para desarrollar políticas de protección social; así como también las pretensiones se dedujeron por violación de los principios democráticos, el Estado de Derecho, la soberanía, el equilibrio de poderes y el Estado social. A ello se le sumaba la impugnación de que el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales (al permitir limitaciones de los Derechos Fundamentales) violaba el artículo 1 sobre protección de la dignidad humana de la Ley Fundamental.

También fue impugnada la ley de acompañamiento (Mitwirkungsgesetz), y en razón del derecho de sufragio se pretendía que el Bundestag retuviera competencias significativas sobre cualquier decisión futura relativa a la integración. En consecuencia, se alegaba que una ley del Bundestag debía preceder la votación de los representantes de Alemania en el Consejo Europeo ante la iniciativa de modificación de los Tratados en su seno.

De ambos recursos institucionales, sólo uno pasó la barrera de la admisibilidad y en relación a los recursos de amparo, sólo fueron admitidos al proceso aquéllos que alegaron una violación del principio democrático, la pérdida de «estatalidad» de la RFA o una violación del principio del Estado social. No pasaron el tamiz de la admisibilidad los recursos de amparo con alegaciones acerca del equilibrio de poderes y el Estado de Derecho por no tener suficiente vínculo con los derechos fundamentales. Por otra parte, no se estimó admisible la impugnación sobre la Carta de Derechos Fundamentales, puesto que se consideró de un ámbito de aplicación diferente al de la protección de la dignidad humana del artículo de la Ley Fundamental; no percibiendo el Tribunal un grado de interferencia entre aquella Carta y la dignidad humana protegida por esta última.

II. Desarrollo del análisis de la sentencia

1. Estructura de la sentencia

Tras la presentación formulada en la introducción precedente (donde ya se ha enmarcado constitucionalmente el tema, se ha hecho mención a una breve cronología y las posibilidades de control explicitadas por jurisprudencia previa del TCA, además de hacerse referencia a los antecedentes de este pronunciamiento sobre el Tratado de Lisboa en relación con el proceso legislativo interno y los procesos judiciales ante la jurisdicción constitucional alemana) cabe abordar un breve análisis (su necesariamente reducida extensión obedece a las razones explicitadas en las notas metodológicas y de objeto del punto I -1 anterior) de la sentencia objeto principal de estas líneas.

Coincidiendo con José Martín y Pérez de Nanclares, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca, en que “es una larga sentencia de prolija redacción que no resulta precisamente fácil de leer” , hago propicio su análisis de la estructura para hacer más gráfico su contenido:

- En versión original son 76 páginas a un único espacio y constituyen 421 apartados.

- Casi la mitad de la sentencia corresponde a los antecedentes del asunto (los primeros 167 apartados en 31 páginas); iniciándose entonces con una referencia al contexto de la Unión (apartados 2 a 98), el marco del alcance preciso de los seis recursos (apartados 99 a 136) y las posiciones sostenidas por las instituciones federales -Cámara de Diputados, Senado y Gobierno- (apartados 137 a 166).

- La sentencia se adentra en la materia con el tratamiento de la admisibilidad de los recursos –sean los de carácter interinstitucional o los de amparo interpuestos impugnando presuntas inconstitucionalidades- (apartados 167 a 206).

- Por último, la fundamentación se efectúa en la parte C de la sentencia (apartados 207 a 420).

Una vez conocida la estructura de este pronunciamiento del TCA, haré un abordaje sintético sobre aspectos seleccionados de su fundamentación, a partir de su lectura en conexión con los textos de consulta para la realización de este trabajo.

2. El control constitucional

Iniciaré este breve abordaje, a partir del parámetro de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional de la RFA aplica en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, así también como del tipo de control de constitucionalidad que este tribunal ejerce (los cuales surgen de los apartados 207 a 272 de la sentencia, comprendidos en la primera parte del análisis de fondo).

El parámetro de constitucionalidad adoptado por el TCA es el derecho de sufragio (derecho equivalente a un derecho fundamental, que puede ser objeto de un recurso de amparo) y con base en éste se controla la compatibilidad del acto por el que se aprueba el Tratado de Lisboa.

Por su parte, el TCA asume dos tipos de control:

a) Control ultra vires: refiere a si los instrumentos jurídicos de las Instituciones europeas, que deben respetar el principio de subsidiariedad, se atienen a los límites de los poderes atribuidos a las mismas.

b) Control de la identidad: en relación a que el núcleo inviolable de la identidad constitucional de la LFB sea respetado, y lo formula de acuerdo con el artículo 23.1, tercera frase, en combinación con el artículo 79.3 LFB.

Volviendo al aspecto del parámetro de control, y de acuerdo con Castillo de la Torre, el derecho de sufragio es el derecho individual a la participación democrática más importante de los garantizados por la LFB. Por su parte, este derecho tiene para el TCA un gran contenido normativo, pues establece:

- un derecho a la autodeterminación democrática,
- un derecho a la participación libre e igualitaria en la autoridad estatal ejercida en la RFA y
- un derecho al cumplimiento del principio democrático incluyendo el respeto del poder constituyente del pueblo.

Asimismo, el TCF incorpora dentro del marco de control de la violación del derecho de sufragio a las usurpaciones referidas a los principios que se codifican en el artículo 79.3 LFB, en tanto que conforman la inalienable identidad constitucional.

Por otra parte, este derecho de sufragio podría ser avasallado si los ciudadanos ya no pudieran gobernarse conforme a la voluntad de la mayoría; violación también posible por un cambio en la organización de la autoridad de Estado que tuviera por efecto que la voluntad popular ya no pudiera ser efectiva.

No obstante, se admite en el pronunciamiento que las exigencias del principio democrático puedan ser cumplidas sobre la base de modelos diferentes, y se considera que en determinados Estados los órganos parlamentarios no obedecen a una representación perfectamente proporcional del electorado.

El TCA entiende como elementos comunes a todos los sistemas de democracia representativa:

- 1) la conformación de una voluntad popular libremente constituida,
- 2) tal voluntad popular tiene como base una participación igualitaria, ya sea en el distrito electoral o en la asamblea que se crea a través del acto de la votación.
- 3) en principio el Parlamento y el Gobierno deben reflejar la decisión sobre la dirección política que se toma por la mayoría de los votantes;
- 4) la parte que pierde sigue siendo visible como alternativa política y sigue activa tanto en los procedimientos informales de creación de la opinión pública, como en los procedimientos formales de toma de decisiones, como oposición que, en elecciones subsiguientes, tendrá la ocasión de convertirse en representación de la mayoría.

Conforme destaca el mencionado autor, para el TCA el principio de democracia no es susceptible de ser puesto en la balanza con otros intereses legales. Además (como se ha esbozado), el principio democrático (junto a otros) se encuentra protegido en el ámbito de la garantía de eternidad. De esta manera, no son constitucionalmente válidas enmiendas de la LFA que afectaran los principios establecidos en sus artículos 1 y 20; por imperio de su artículo 79.3, que consagra esta garantía. Básicamente ella implica que estos principios no pueden modificarse por el poder legislativo constitucional, puesto que ese mandato no fue concedido por el poder constituyente. Así las cosas, desde la perspectiva del principio de democracia, para el TCA la violación de la identidad constitucional codificada en el artículo 79.3 LFA es al mismo tiempo una infracción del poder constituyente del pueblo.

Castillo de la Torre expresa la contundencia de las palabras del TCA: «La GG no sólo presupone la estatalidad soberana de Alemania, sino que la garantiza». No obstante, también puede plantearse el interrogante (dado que - coincidiendo con este autor- el TCA lo deja explícitamente abierto), sobre si la

naturaleza universal de la dignidad, la libertad y la igualdad limitan incluso al propio poder constituyente (esto es decir, para el caso en que los alemanes, en su libre autodeterminación, pero en una continuidad de la legalidad vigente, se dieran una nueva constitución).

Por otra parte, para pasar a un nuevo aspecto de la fundamentación de la sentencia; resulta de interés destacar como el tribunal interpreta el equilibrio de la vinculación entre una Alemania como Estado soberano (sin subordinarse a **poderes ajenos**), en relación a los otros Estados y la integración europea: “La Constitución alemana está orientada a la apertura del orden de soberanía estatal a la cooperación pacífica entre las naciones y a la integración europea. Ni la integración en igualdad de condiciones en la Unión Europea, ni la inserción en los sistemas de mantenimiento de la paz como Naciones Unidas, implican una supeditación a poderes ajenos. Se trata, en cambio, de una vinculación libre, recíproca y en igualdad de condiciones, que garantiza la paz y que fortalece las posibilidades políticas de organización a través de una actuación conjunta y **coordinada**”.

Interpreta el TCA la cláusula del Preámbulo de la Ley Fundamental en **tanto expresión de “(...) la voluntad de servir en calidad de miembro en igualdad de condiciones en una Europa Unida a la paz del mundo”** . Por su parte, ve el tribunal la concreción de esta voluntad (además de por la prohibición de guerras de agresión: art. 26 LFB) en las siguientes autorizaciones que la LFB concede:

- a) para la integración en la Unión Europea (art. 23.1 LFB),
- b) para participar en instituciones interestatales (art. 24.1 LFB),
- c) para la adhesión a sistemas de seguridad colectiva mutua (art. 24.2 LFB).

El tribunal resalta que esta concepción de la soberanía emana de los objetivos del Preámbulo y la caracteriza más específicamente dentro de la Ley Fundamental como ajena a una concepción autocomplaciente y autocrática de la estatalidad soberana; norma ésta (la LFB) que retorna a una perspectiva del

poder del Estado singular que considera a la soberanía como “libertad ordenada y vinculada internacionalmente”.

De esta manera, siguiendo las consideraciones efectuadas por Castillo de la Torre, ni la integración pari passu en la UE ni en sistemas de mantenimiento de la paz conducen necesariamente a un cambio en la manera en que la autoridad pública se ejerce en la RFA.

Ya la sentencia expresa, tomando en cuenta la historia de guerras de la Europa de inicios del siglo XX, un concepto de estatalidad soberana que sirve de **fundamento para su decisión: “(...) la estatalidad soberana se refiere a un espacio pacificado y al orden en él garantizado sobre el fundamento de la libertad individual y de la autodeterminación colectiva (...).**

Es interesante, por su parte, considerar un pasaje de la sentencia en relación con el derecho soberano de autodeterminación de la comunidad política, cuando sostiene que no es ilimitado sino que está sujeto a restricciones, haciendo un paralelismo con la protección de la autodeterminación del individuo en la LFB.

Por otra parte, cabe destacar que el TCA observa a la realización de una Europa unida como un mandato constitucional que deriva tanto del artículo 23.1 LFB como del Preámbulo. Con base en ello, entiende que no queda a la discreción política de los órganos constitucionales alemanes participar o no en la integración europea.

Consolidando esta línea, la Ley Fundamental permite al legislador alemán una extensa transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea. No obstante, la sentencia deja claro que, para el TCA, esta posibilidad está supeditada al requisito de que en dicho proceso:

1) se preserve la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración acorde con el principio de atribución singular y restringida de competencias,

2) se haga tal preservación, sobre la base del respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros,

3) que al mismo tiempo los Estados miembros no pierdan su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida.

Por su parte, el TCA reconoce que la obligación de llevar a cabo la autodeterminación democrática es diferente en el nivel interno (en tanto la Ley Fundamental lo prescribe para la federación y asimismo de manera particular para los Länder) **respecto del plano de la integración, donde acepta "(...)** variaciones respecto a los principios de organización de la democracia interna, que quedan condicionados por los requisitos de una Unión Europea que ha sido creada sobre el principio de la igualdad entre Estados y que ha sido negociada a **partir del Derecho internacional"**.

En relación a la integración, el tribunal hace explícita una situación a todas luces evidente pero que puede, desde otra perspectiva, permitir ver al trasluz el reconocimiento de una eventual carencia del contenido normativo de la LFB a **efectos de una futura integración política plena en Europa: "El objetivo de integración pretendido para el pueblo alemán por el Preámbulo y por el artículo 23.1 de la Ley Fundamental no determina la naturaleza última de la organización política de Europa"**.

El TCA presenta como presupuestos de la integración tanto a la voluntad de organización conjunta como a la aceptación de una formación autónoma de la voluntad comunitaria. Asimismo descarta que la integración en una comunidad libre imponga la sumisión desprovista de limitación o control constitucional alguno, o la renuncia a la propia identidad.

Queda claro para el tribunal cuando interpreta la LFB que ésta no permite a las instituciones alemanas, al ingresar en un Estado federal (debido a la irrevocable transferencia de soberanía a un nuevo sujeto de legitimidad que implica), a renunciar al derecho de autodeterminación del pueblo alemán en la forma de la soberanía de Derecho internacional de Alemania. Ello sólo podría

corresponder en exclusiva a la voluntad directamente expresada del pueblo alemán.

Lo que sí permite para el TCA la Constitución alemana vigente es una integración de Alemania en igualdad de condiciones en sistemas de Estados que se proporcionen recíprocamente seguridad, tales como las Naciones Unidas o la Organización del Tratado Atlántico Norte (OTAN), y a la participación en la unificación europea. En este orden de ideas, y enmarcada en la LFB (artículos 23.1 LFB y 24.1 LFB) la República Federal de Alemania contribuye al desarrollo de una Unión Europea concebida como Staatenverbund, a la que se transfieren derechos de soberanía.

Para el tribunal: “El concepto de Verbund [unión] comprende una asociación estrecha y permanente entre Estados que continúan siendo soberanos, una asociación que ejerce el poder público sobre la base de tratados, y cuyo ordenamiento fundamental solamente está sujeto a la libre disposición de los Estados miembros.” En este marco no queda duda para el TCA que los pueblos (es decir, los ciudadanos nacionales) de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de la legitimación democrática.

En este contexto el TCA manifiesta que la participación de Alemania en el desarrollo de la Unión Europea está reglado en el artículo 23.1 frase 1 LFB, que establece las normas estructurales vinculantes de esta participación; que el marco de esta Ley Fundamental puede ser adaptado al desarrollo de la Unión Europea (de conformidad con el artículo 23.1 frase 3 LFB); no obstante la existencia de un límite absoluto a dicha posibilidad mediante el artículo 79.3 LFB, al que se refiere dicha norma. Por si quedara algún interrogante de la aplicación de la cláusula de eternidad (el citado artículo 79.3 LFB) a este escenario supranacional de integración, el TCA precisa con tanta claridad como **contundencia: “El estándar mínimo protegido por el artículo 79.3 LFB no puede tampoco ser recortado por la integración de Alemania en estructuras supraestatales”**.

Al reconocimiento de cada uno de los pueblos de los Estados miembros como titulares de la legitimidad democrática en el marco de la soberanía popular, se suma – en aquello que nos incumbe- la reiteración jurisprudencial acerca de los Estados como «Señores del Tratado», ello en atención que la capacidad para ejercer competencias supranacionales deriva de los Estados miembros.

De esta manera, la autorización para la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea (o a otras organizaciones interestatales) corresponde (con carácter permanente) a estos señores de los Tratados, es decir, los Estados.

Por su parte, el tribunal deja explícito que “(...) son los pueblos de Europa democráticamente constitucionalizados en sus respectivos países” quienes representan la “(...) fuente del poder comunitario y de la constitución europea que éste crea, en sentido funcional (...).”

Sobre la naturaleza derivada de la “Constitución de Europa”, el Derecho de los Tratados internacionales o Derecho primario, el TCA no deja dudas: Si bien considera que éste justifica una autonomía supraestatal amplia en el día a día político, ésta es siempre objetivamente limitada.

Hace el tribunal un paralelismo del concepto de autonomía administrativa, para caracterizar a esta autonomía supraestatal como un poder soberano autónomo pero derivado, es decir, cedido por otros sujetos jurídicos. Definido de esta manera, luego lo contrapone al concepto de soberanía internacional y estatal, que (precisamente por sus fundamentos constitucionales) exigen la independencia respecto de cualquier voluntad ajena.

Lo que para el TCA es relevante en este sentido, no es si una organización internacional tiene capacidad jurídica (es decir si puede actuar por su cuenta de forma vinculante como sujeto de relaciones jurídicas de Derecho internacional) sino cómo es la configuración de la relación jurídica básica entre la organización internacional y los Estados miembros (o partes que han creado dicha organización) y que le han conferido capacidad jurídica.

Pasando al interesante tema de las competencias que resultan atribuidas a la organización internacional creada (en este caso a la Unión Europea en el marco particular de un proceso de integración en evolución); el TCA deja manifiesta la inexistencia de una Kompetenz- Kompetenz (no hay una transferencia de la competencia para decidir sobre la propia competencia) puesto que tal posibilidad está proscripta en el caso de la RFA por la LFB y se encuentra ya sostenida por precedentes del tribunal.

Con esta introducción, el TCA se adentra a anticipar que (desde la perspectiva del Derecho constitucional alemán) sólo la libertad de acción del pueblo autodeterminado (es decir, no la transferencia efectuada por los órganos de la constitución) puede admitir un proceso de amplio alcance de progresiva autonomía de soberanía política para la Unión Europea (a través del reconocimiento de competencias cada vez más numerosas y de una superación paulatina de las exigencias de unanimidad todavía existentes o de las todavía vigentes regulaciones de la igualdad entre Estados).

Complementariamente con esta posición sobre este tipo de avances en la integración el TCA sostiene que éstos deben estar objetivamente limitados mediante el acto de transferencia, en razón de la Constitución. Por imperio de la LFB también deben ser por principio revocables.

Revocabilidad ésta que el TCA predica asimismo de la participación en la Unión, reconocida más específicamente en la doctrina con el término de **“retirada”**; con independencia de que exista el compromiso de carácter indefinido adquirido mediante los **tratados**. El TCA afirma que **“(...) la retirada del proceso de integración europea no puede impedirse por otros Estados miembros ni por el poder autónomo de la Unión. No se trata de una secesión – problemática desde un punto de vista del Derecho internacional – de una Staatsverband [asociación de Estados] sino solamente de la salida de una Staatenverbund [unión de Estados] construida sobre el principio del **compromiso propio reversible**”**.

Seguidamente el TCA se introduce en las cuestiones que le llevan a determinar los dos tipos de control que emanan de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa:

- 1) El principio de atribución singular y restringida de competencias.
- 2) La obligación de la Unión Europea de respetar la identidad nacional de los Estados miembros.

Reconoce en ambos que su juridicidad proviene no sólo del Derecho europeo sino también de los principios constitucionales de los Estados miembros.

Ya se ha visto que el tribunal establece un criterio restrictivo para la posibilidad de transferencia de poderes soberanos en relación a los órganos constituidos alemanes, lo que se ratifica a lo largo de la sentencia. Sin embargo, ello no hace óbice a que la responsabilidad de la legitimación democrática recaiga en el poder legislativo de la RFA cuando el pueblo no se exprese directamente.

Por su parte, el TCA se mantiene vigilante ante la posibilidad (ciertamente probable dados los mecanismos previstos en el Tratado de Lisboa) de que pueda producirse una modificación de los Tratados sin un proceso de ratificación o pueda aquélla ser decidida por las instituciones de la Unión (aunque fuera con el requisito de la unanimidad). En tales circunstancias y bajo la vigencia del principio de atribución singular y restringida de competencias; el TCA fija a los órganos legislativos de la RFA (junto al Gobierno federal) una responsabilidad especial en el marco de la participación en la UE.

Es muy interesante (y juicioso) el razonamiento del TCA que puede sintetizarse en que hay posibilidades de que dentro de las organizaciones internacionales o supranacionales evolucionen de forma independiente y se verifique una tendencia de auto-reforzamiento político, que coadyuve al intento de ampliación de competencias.

Asimismo **es inteligente y pragmática la apreciación de que "(...) (q)uien opta por la integración debe siempre contar con la formación autónoma de la**

voluntad de las instituciones de la Unión. Se debe por ello asumir que existe una tendencia a la protección del acervo comunitario (*acquis communautaire*) y a la interpretación favorable a la eficacia de las competencias en el sentido de la doctrina estadounidense de los *implied powers* o de la regla del *effet utile* del Derecho de **los tratados internacionales**".

El TCA tiene en cuenta la situación en que una ley que autorice la integración en el derecho interno (a pesar de que sea operativo el principio de atribución singular y restringida de competencias) pueda únicamente esbozar un programa dentro de cuyos límites tenga lugar un desarrollo político que no tenga predeterminado cada uno de sus aspectos.

La potencial expansión o mutabilidad del derecho de la UE asumida por el TCA como parte de la tendencia a la protección del acervo comunitario (*acquis communautaire*) concomitante con la interpretación favorable a la eficacia de las competencias (a partir del *implied powers* o del *effet utile*), comparto con Castillo de la Torre en que no debe entenderse como que el TCA confía de manera ilimitada en la fuerza de la integración.

Este autor pone de manifiesto el riesgo de transgresión del principio de atribución y de la responsabilidad que tienen los Estados miembros para con el proceso de integración si las instituciones de la UE pudieran decidir sin ningún control exterior (aun cuando sea muy moderado y excepcional) sobre cómo se interpretan los Tratados constitutivos.

Tras estos riesgos hechos explícitos, el autor hace expreso el abanico de soluciones preventivas desde el punto de vista constitucional:

a) No aprobar disposiciones dinámicas del Tratado que tengan carácter de disposiciones «en blanco»,

b) si las disposiciones dejan margen a una interpretación, que respeten la responsabilidad nacional en el proceso de integración,

c) establecer, de todos modos, salvaguardias nacionales adecuadas para el ejercicio efectivo de dicha responsabilidad,

d) para el caso de las zonas grises de lo que puede o no ser constitucionalmente admisible el legislador federal debe (si es necesario) adoptar disposiciones en las leyes de acompañamiento que aseguren una participación adecuada de los órganos legislativos en el proceso de integración.

Cabe aquí recordar los dos tipos de control que el TCA anuncia: a) mediante el control ultra vires se verifica si los instrumentos jurídicos de las Instituciones europeas se atienen a los límites de los poderes atribuidos a las mismas en el marco del programa de integración; b) el control de la identidad ejercido por el TCA, por su parte, controla que el núcleo inviolable de la identidad constitucional de la LFB sea respetado; cuya injerencia nunca puede ir más allá de los límites establecidos por el 79.3 LFB. Por su parte, el control constitucional sólo puede ser ejercido por el propio TCA a través de los cauces procesales existentes; no obstante el pronunciamiento hace concebible la creación de otros cauces procesales específicos que estén adaptados para estos controles.

Para el caso de que la los títulos de la competencia de la UE sólo reciban un contenido claro a través de instrumentos jurídicos específicos a nivel de la Unión, y si los procedimientos de toma de decisiones pueden autónomamente modificarse a dicho nivel, la participación de la RFA sólo es posible si en el nivel nacional se asegura que se cumplan con los requisitos constitucionales.

La necesidad de adoptar una ley conforme al artículo 23.1, segunda frase LFB debe ser entendida como la exigencia de que cubra cualquier enmienda de los textos que conforman el Derecho primario europeo. En este sentido, deben considerarse comprendidas las modificaciones que puedan operar por los procedimientos simplificados de revisión, la ampliación de competencias usando bases jurídicas existentes e, inclusive, los cambios en el procedimiento de decisión en relación con competencias existentes.

El TCA deja clara una proyección del principio democrático a dos planos; en tanto que 1) no puede ser socavado por la integración europea en Alemania, 2) sus requisitos no pueden ser incumplidos por el poder público supranacional.

En el plano de la no vulneración del principio democrático en Alemania, el TCA otorga un relevante papel a los órganos depositarios de la voluntad popular: el TCA considera que la elección de los miembros del Bundestag por el pueblo sólo cumple su papel central en el sistema de imbricación de poder federal y supranacional si el Bundestag, en cuanto a representante del pueblo, y el Gobierno federal por él respaldado, conserven una influencia decisiva sobre la evolución política en Alemania.

Pueden darse por cumplidas estas condiciones, en relación al Bundestag, cuando se verifica que retiene deberes y competencias propias de importancia política sustancial y con respecto el Gobierno federal (responsable políticamente ante el Bundestag) cuando logre ejercer una influencia considerable en procedimientos de toma de decisiones europeos.

Desde el punto de vista de la interrelación entre sistema federal (hacia adentro) y supranacional (hacia afuera) el TCA reconoce que la federalización y la supranacionalización pueden abrir nuevas posibilidades de participación ciudadana. A su vez, las interdependencias federales o supranacionales dan lugar a posibilidades de acción que de otro modo chocarían con límites prácticos o territoriales, y facilitan el equilibrio pacífico de intereses. No obstante, éstas también dificultan la formación de una voluntad mayoritaria que pueda lograr imponerse y que emane directamente del pueblo (artículo 20.2 frase 1LFB). El TCA entiende que se da una reducción de transparencia en la atribución de decisiones a actores específicos que puedan visualizarse como responsables de las mismas, provocando la desorientación ciudadana a la hora de ejercer su derecho de voto puesto que se dificulta la atribución para el ciudadano de nexos de responsabilidad tangibles.

De esta manera ya es el propio principio democrático que impone límites de contenido a la transferencia de derechos de soberanía (que no derivan ya de la indisponibilidad del poder constituyente ni de la soberanía estatal).

Aunque el sistema constitucional vigente en Alemania en el marco de la necesaria apertura de la RFA a la integración y al Derecho internacional exige una conservación de soberanía, esto no obliga en si mismo que una cantidad determinada o bien cierto tipo de derechos soberanos deban necesariamente mantenerse. En este sentido el TCA recuerda, con acierto, que el artículo 23.1 frase 1 LFB habilita la creación de una comunidad económica y monetaria, pero también una unión política. Y la Unión política significa el ejercicio conjunto de poder público, incluyendo el legislativo, que incluso comprende los ámbitos nucleares tradicionales del ámbito competencial estatal. Por ello, pueden verse comprendidos, con causa en la idea europea de paz y unificación, lo relativo a la coordinación de condiciones transfronterizas de vida y la garantía de un espacio común económico y jurídico, en el que el ciudadano de la Unión pueda desenvolverse libremente (artículo 3.2 TUE, versión Lisboa).

El TCA resguarda la estatalidad mediante la consagración expresa de un marco necesario que deben siempre mantener los Estados miembro en un proceso de unificación europea: ellos deben que conservar un espacio suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales.

El TCA considera especialmente aplicable esta garantía a los ámbitos materiales que impregnan las circunstancias vitales de los ciudadanos, sobre todo su ámbito privado de responsabilidad personal y de seguridad personal y social, que están protegidos por los derechos fundamentales, así como a aquellas decisiones políticas que dependen de forma especial de presupuestos culturales, históricos y lingüísticos, y que se desarrollan a través de debates en un espacio político público estructurado por la política de partidos y el parlamento.

Continúa el tribunal haciendo una precisión acerca de los ámbitos fundamentales de conformación democrática, que podrían brevemente enumerarse de esta manera. Así, entre otros:

1. la ciudadanía estatal,
2. el monopolio de la fuerza civil y militar,
3. los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento,
4. los supuestos de vulneración que son relevantes para la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad, tales como la privación de libertad en el ámbito del Derecho penal o las medidas de internamiento.
5. cuestiones culturales entre las que podrían destacarse:
 - a. las decisiones sobre la lengua,
 - b. la conformación de las relaciones familiares y educativas,
 - c. la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión,
 - d. el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas.

Por su parte, el intérprete constitucional reconoce como aspectos de la democracia no sólo el respeto de los principios formales de organización o la implicación participativa de grupos de interés; sino que también la conforman una opinión pública centrada en la determinación de la dirección política y la competencia entre el Gobierno y la oposición. En este sentido, se recuerda que los artículos 38, 20.1 y 2 LFB protegen, en dicha medida también, la relación entre la decisión política material y la voluntad mayoritaria emanada de las urnas, con el dualismo gobierno-oposición que de ella deriva, en un sistema de pluralidad de partidos concurrentes y de formación de una opinión pública que observa y controla.

Asimismo, el tribunal se adentra en el hipotético supuesto de la emergencia de un espacio público europeo, por ejemplo debido al éxito de la integración europea, donde observa que la identificación política sigue vinculada a la nación-estado, la lengua, la historia y la cultura. A su vez, el TCA -en una visión complementaria del principio democrático junto al de subsidiariedad- refiere a la necesidad de limitar materialmente en los ámbitos políticos centrales del espacio del desarrollo personal y de determinación social de las condiciones de vida, en forma predecible, la transferencia y el ejercicio de derechos de soberanía a la Unión Europea; en atención a la exigencia estructural del artículo 23.1 frase 1 LFB.

Dentro de las áreas especialmente sensibles para la capacidad de un Estado constitucional de regirse a sí mismo de forma democrática, el TCA determina, por ejemplo y dando una caracterización general:

1. las decisiones sobre el Derecho penal material y formal,
2. la capacidad de disposición sobre el monopolio de la fuerza, con respecto a la policía en el interior, y al ejército en el exterior,
3. las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos y gastos públicos (en especial también los motivados por la política social),
4. la conformación de las condiciones de vida en un Estado social,
5. las decisiones culturales especialmente relevantes, por ejemplo sobre el Derecho de familia, el sistema escolar y educativo o sobre las relaciones con las comunidades religiosas.

Por su parte, en relación al plano del principio democrático en el nivel supranacional cabe mencionar que el TCA observa que el artículo 79.3 LFB es un límite infranqueable (inclusive para la modificación por el legislador constitucional) que se conjuga con la cláusula de coherencia estructural de la primera frase del artículo 23.1 LFB, en relación con una participación en una UE que tropiece contra sus principios básicos.

Asimismo el parámetro general sobre el cual resulta necesario que la estructura organizativa y los procedimientos de decisión de la Unión Europea se corresponda con los principios democráticos, se completa con las exigencias específicas, que dependen del grado de poderes soberanos que se hayan transferido y del grado de autonomía que los procedimientos de toma de decisiones europeos hayan alcanzado.

El tribunal advierte que una profundización de la integración podría ser inconstitucional ante un nivel de legitimación democrática que no se correspondiera con la extensión y el peso del poder soberano supranacional. El TCA otorga un claro respiro a quienes esperaban la confrontación constitucional para que se ratificase el Tratado cuando admite como suficiente la situación jurídica-institucional contemporánea al dictado de la sentencia para legitimar **democráticamente al Tratado; lo que hace en estos términos: "(...) Hasta y en tanto que se siga preservando el principio de atribución singular y restringida de competencias en una unión (Verbund) de Estados soberanos con marcados rasgos de cooperación ejecutiva y gubernamental, resulta en principio suficiente la legitimación conferida por los Estados miembros a través de los parlamentos nacionales y los gobiernos, legitimación que se complementa y apoya en el Parlamento Europeo, que es directamente elegido.**

Contrariamente, el TCA observa que si alcanzaran un nivel similar al nivel de la Federación en un Estado federal tanto la extensión de las competencias, el poder de dirección política como el grado de autonomía en la formación de la opinión de las instituciones de la Unión; entonces se produciría un déficit democrático estructural no aceptable de conformidad con el artículo 23, en conexión con el artículo 79.3 LFB.

El TCA ejemplifica esta situación, por ejemplo, en tanto se llegara a un nivel análogo al de un Estado, porque las competencias legislativas esenciales para la autodeterminación democrática se ejercieran principalmente en el plano de la Unión.

De esta manera, si se produjera, en el curso de la evolución del proceso de integración europea, un desequilibrio entre la clase y el alcance de los derechos de soberanía ejercidos y el grado de legitimación democrática, entonces le corresponde a la República Federal de Alemania (sobre la base de su responsabilidad con respecto a la integración) impulsar una reforma y, en último extremo, incluso rechazar seguir participando en la Unión Europea.

Por otra parte, si se pasara el umbral del Estado federal y se renunciara a la soberanía nacional, cabe entonces dejar sólo como admisible que deberían cumplirse las recaudos constitucionales a un nivel que fuera plenamente equiparable a las exigencias de legitimidad democrática de una asociación soberana (Herrschaftsverband) organizada como un Estado. Asimismo, la transformación constitucional en Alemania requeriría una decisión libre del pueblo, ya no una mera intervención de los órganos constitucionales para una reforma.

El TCA deja claro que no se requiere una “congruencia estructural” con respecto al cumplimiento de los principios democráticos por la Unión Europea (en atención al artículo 23.1 frase 1 LFB); ni siquiera coincidencia entre el orden institucional de la Unión Europea y el orden que el principio democrático de la Ley Fundamental prescribe para el nivel estatal interno.

Si se requiere, no obstante, una construcción democrática adecuada al estatus y a la función de la Unión.

En relación con la autodeterminación del pueblo, el TCA adhiere a la concepción de que en los Estados modernos ella se consigue mediante la elección de los órganos que ejercen el poder público. La democracia debe permitir al pueblo determinar el Gobierno y la legislación en elecciones libres e igualitarias. La decisión del pueblo es el elemento central de la formación y de la conservación del poder político, de manera que la democracia es una «batalla» procesalmente regulada «por el poder político». Por su parte, el tribunal indica que la propia UE reconoce este concepto democrático de base como tradición constitucional

européa general y prevé determinadas exigencias estructurales para poder ingresar en la UE (artículo 6.1 TUE; artículo 2 del TUE tras el Tratado de Lisboa, en adelante «TUE Lisboa»).

El TCA, a partir de una caracterización institucional de la UE , deja claro que, en tanto que sólo ejerce un poder derivado, ella misma no debe respetar aquellas exigencias a las que sí está sometida un Estado.

Por último, cabe mencionar que el TCA convalida la compatibilidad de la Ley por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa con las exigencias de la Ley Fundamental, en especial con el principio democrático. Ello es así en tanto mediante la elección libre e igual de los diputados del Bundestag alemán y con los respectivos actos electorales en los Länder, el pueblo alemán continúa, en la actualidad igual que en el pasado, decidiendo en la Federación y en los Länder sobre asuntos políticos relevantes. Asimismo, mediante la elección de la cuota alemana de diputados al Parlamento Europeo se abre una posibilidad adicional de participación en el sistema institucional europeo para el derecho de voto de los ciudadanos de la Federación, que en el sistema de atribución de competencias por transferencia proporciona un nivel de legitimación suficiente. De esta manera, el TCA juzga que el derecho de sufragio del artículo 38.1 LFB no resulta vulnerado.

En relación con el nivel de legitimación de la Unión Europea, por su parte, el TCA hace las siguientes apreciaciones:

- a) el principio de atribución queda garantizado procesalmente incluso más allá de lo previsto en los Tratados,
- b) con el Tratado de Lisboa ni se transfiere el poder constituyente, indisponible para los órganos constitucionales, ni se renuncia a la soberanía estatal de la República Federal de Alemania,
- c) al Bundestag alemán le quedan todavía deberes y competencias propias de suficiente peso.

De esta manera, y a la vista del alcance de las competencias transferidas y del grado de autonomía alcanzado en los procedimientos de decisión, el TCA considera que el nivel de legitimación cumple aún las exigencias constitucionales.

La inconstitucionalidad que el Tribunal declara será someramente enunciada en las líneas que prosiguen este apartado.

Para finalizar, cabe mencionar que el TCA hace un análisis concreto y extenso del Tratado de Lisboa respecto al parámetro de control cuyo examen (si bien sería pertinente, útil e interesante) excede en demasía el objeto y la extensión que sería necesaria dedicarle en estas líneas. De esta manera, paso sin mayor abundamiento al pronunciamiento para luego compartir unas notas finales a modo de conclusión.

3. El pronunciamiento

La decisión del TCA ha permitido mantener la validez constitucional de la ley de ratificación del Tratado de Lisboa y la ley de reforma constitucional para adaptar la Ley Fundamental de Bonn al referido Tratado ; sin embargo la inconstitucionalidad vino de la mano de la ley de acompañamiento a la ley de ratificación, por insuficiencia de los poderes que se otorgaban legislativamente al Bundestag y del Bundesrat en cuestiones de la Unión Europea y la consideración por parte del Tribunal de una existencia de violación a las exigencias del principio democrático consagrado en el artículo 38.1 LFB en relación con la cláusula europea del artículo 23.1 LFB.

En virtud de este pronunciamiento del TCA el poder legislativo de la RFA ha dictado cuatro nuevas leyes (adoptadas el 8 de septiembre 2009 por el Bundestag y el 18 de septiembre de 2009 por el Bundesrat): una ley sobre la responsabilidad de la integración (Integrationsverantwortungsgesetz) , que contiene la ampliación de los derechos del parlamento alemán en lo que concierne la ejecución del Tratado; una ley que modifica la LFB, para consagrar constitucionalmente los nuevos derechos del parlamento nacional; una ley sobre la cooperación entre el Bundestag y el gobierno en asuntos europeos; y una ley

sobre la cooperación entre los Länder y el gobierno en lo que se refiere a asuntos europeos, que comprende las modalidades de información y participación del Bundesrat.

III. Reflexiones finales: algunas notas a modo de conclusión

Previo a algunas notas que pincelaré a modo de conclusión me gustaría incorporar a estas líneas una síntesis sobre el pensamiento de Peter Häberle - doctrinario alemán entre los mencionados en nuestras clases- sobre los aspectos positivos y negativos de la sentencia del TCA sobre el Tratado de Lisboa:

Entre aquellos aspectos que incorpora en la vertiente positiva, Häberle considera en el haber:

1. la atención que se otorga al Derecho comparado;
2. la derivación del principio democrático de la dignidad de la persona;
3. la apelación a las tradiciones constitucionales «comunes europeas»;
4. el uso del concepto de «responsabilidad sobre la integración».

En cuanto a los aspectos negativos, que le llevan a definirla como una sentencia retrospectiva y como «Maastricht II» este autor:

1. afirma que la sentencia se construye desde una teoría general del Estado muy alemana pero ya desfasada (estima que el TCA no ha tenido en cuenta el debate doctrinal que siguió a la sentencia Maastricht y en consecuencia está anclado en una concepción obsoleta del Estado y de la soberanía);

2. achaca TCA la pérdida de una oportunidad para intervenir en el debate europeo desde la «razón constitucional» (en lugar de hacerlo desde la «razón estatal» de Alemania);

3. considera cuestionable el concepto de democracia utilizado por el tribunal, centrado en la democracia representativa y poco consciente de la función de protección de las minorías que actualmente incorpora;

4. ve una minusvaloración de la ciudadanía de la Unión por parte del TCA;

5. critica el concepto de identidad constitucional que maneja el tribunal y no comparte que el TCA se arroge la condición su garante único en relación a la identidad constitucional alemana.

Caba agregar que para Häberle, en última instancia, la sentencia contradice el proceso evolutivo de constitucionalización de Europa y permanece anclada en una teoría del Estado retrospectiva en lugar de recurrir a una teoría constitucional europea que, debe ser elaborada por representantes de las 27 comunidades científicas.

Tomando como base la autorizada opinión precedente como balance general, hago propicia para concluir, una mirada reflexiva sobre lo siguiente:

La doctrina establecida en la sentencia relativa a la "identidad constitucional" entiendo que puede ser vista como una fuente de inseguridad jurídica (además de por una indefinición de su conceptualización y de su contorno jurídico, que se suma a las múltiples alternativas que deja abiertas este pronunciamiento a futuro) en virtud de que el devenir de la dinámica de la integración ciertamente presentará actuaciones de la UE cuya generación de conflictos jurídicos requerirá nuevas intervenciones del TCA; y ello a causa de las dudas sobre la supuesta colisión con la identidad constitucional alemana (entre los tantos fundamentos posibles para reclamar la jurisdicción constitucional) que legítimamente manifiesten estas actuaciones de la Unión.

Asimismo, puede decirse que se permite, eventualmente, que se manifiesten potenciales sorpresas jurisprudenciales al no existir un marco claro, preciso y delimitado de los procesos constitucionales que permitan la alegación y tratamiento de esta causal (de hecho el pronunciamiento de Lisboa ha realizado un control abstracto de normas en el marco de un proceso relativo a un recurso de amparo, y es la propia sentencia la que deja entrever la necesidad de la creación de un proceso jurisdiccional específico para el tratamiento de estas

cuestiones, puesto que la ley regulatoria del tribunal constitucional federal no tiene al momento del fallo provisiones concretas al respecto); como así se deja también un margen a que se genere incertidumbre jurídica por la carencia de una delimitación de la competencia de los órganos constitucionales en Alemania en relación a la salvaguardia de esta identidad.

Quizás hubiese sido más conveniente (una materia ciertamente muy opinable), desde el punto de vista de la certeza jurídica que el Tribunal Constitucional de Karlsruhe consagrara una contundente y precisa inderogabilidad **de la parcela del derecho constitucional amparado en la "cláusula o garantía de eternidad" del art. 79.3 LFB ; delimitando de manera cierta y concreta el alcance y sentido de esta cláusula; y además que diera un mandato para la formulación de la pertinente reserva en este sentido en el Tratado de Lisboa (la que compete al presidente federal en el caso sub examine) de conformidad con el derecho internacional.**

Ello, sin duda hubiera asestado un duro golpe a las expectativas de profundización inmediata de la integración pero hubiera brindado indubitable certeza sobre el contenido de la parcela del derecho constitucional considerada intangible y que -en consecuencia- no podría ser desplazada en su aplicación por el principio de primacía del derecho de la Unión; cerrándose así el interrogante sobre eventuales intervenciones del TCA que pudieran poner en **peligro la eficacia del principio de primacía por una invocación a la "identidad constitucional" en relación a la "garantía de eternidad" del art. 79.3 LFB.**

Concomitantemente, una solución de ese tenor (con la reserva referida al Tratado), hubiera permitido que la "garantía de eternidad" pudiera pasar a entenderse como parte de las competencias "no atribuidas" a de la Unión Europea (y, por lo tanto, entonces estaría a priori cubierta por la propia doctrina de la protección contra actuaciones "ultra vires" de la UE).

Todo esto permitiría reducir en buena medida el campo de ambigüedad de **lo que debería entenderse como "identidad constitucional" (es decir aquél ámbito**

que no puede ser avasallado por las actuaciones de la Unión Europea en el marco de sus competencias atribuidas): el campo de ambigüedad que quedaría por definir se vería ya sólo limitado (en lo que se refiere a Alemania) a otros aspectos **que puedan enmarcarse en la "identidad constitucional alemana" pero que no estén dentro del ámbito del art. 79.3 de la LFB: su "garantía de eternidad"** (que comprende los principios de los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental, como ha sido mencionado).

Muy simplemente dicho; la identidad constitucional que serviría como límites a la actuación de la UE en la RFA estaría entonces conformada por: a) un **segmento claramente definido jurisprudencialmente (el ámbito de la "garantía de eternidad" del 79.3 de la LFB)** y –por lo tanto- excluido de las atribuciones de la UE (en virtud de la reserva del Tratado que se propone) y b) otra parcela aún a definir que también integra esa identidad constitucional pero que no es parte de **la "garantía de eternidad"**.

De tal manera se reduciría la extensión del segmento de indefinición jurídica y de potencial incertidumbre respecto de futuras decisiones del Tribunal de Karlsruhe que pudieran afectar la primacía del Derecho de la UE; brindando una mayor previsibilidad para los operadores jurídicos y ciudadanos (que presumen, en principio, la aplicación homogénea del ordenamiento jurídico de la Unión en la totalidad del conjunto del territorio de los Estados miembros) sobre la eficacia y validez de las actuaciones de la Unión en el territorio de la RFA.

Sin duda esta aproximación no puede evitar el traer a colación (ajena al objeto de este trabajo pero -al menos- digna de mención) la complejidad que deviene de la existencia potencial de 28 identidades constitucionales diferentes y su contradicción con una pretendida, solidez, armonía y consistencia de un derecho unificado y de aplicación homogénea en el conjunto de la Unión Europea.

Tampoco puede escaparse al lector que el principio democrático (cuyo desarrollo sería propio de una tesis doctoral y sus distintas vertientes europeas fruto de una colección en volúmenes) y el tratamiento del déficit democrático

(que constituyeron un núcleo del pronunciamiento del TCA sobre el Tratado de Lisboa) contienen múltiples aristas.

A juicio de quien escribe, en un proceso de integración como el europeo, con fundamentos jurídicos y políticos sólidos enraizados en la democracia, a los **efectos de una mejor concreción de este “poliédrico” principio resulta necesario** que se privilegien tanto un sistema institucional, como procedimientos y dinámicas que más permitan una inmediatez del pueblo en los procesos de toma de decisiones, las actividades derivadas de ellos y el control de las acciones y órganos de ejecución; así como una participación popular lo más directa posible en todas las instancias de las políticas implementadas por -en este caso- la Unión Europea.

No obstante que sea aplaudible la importancia que cobra la dimensión democrática en la sentencia; bien vale la crítica al pronunciamiento en el sentido de que el ajuste a este principio democrático por parte de la Unión no debería ser valorado bajo la premisa de que el propio sistema nacional (el alemán) es el único posible o que sus propias características (las nacionales de la RFA) representan por sí solos los parámetros mínimos de control, bajo cuyo prisma se mide el estándar democrático del resto de la UE (y/o Estados), resultando inaceptable para el Tribunal aquello que tuviera una diferente caracterización a la endógena.

Sin perjuicio de esta disidencia que comparto, estimo que el Tribunal acierta en la apreciación de que no están dadas las condiciones para distinguir un único pueblo europeo (sobre el que pudiera residir una soberanía popular europea) sino, que por el contrario, existe un pueblo alemán y un pueblo soberano en cada uno de los respectivos países que constituyen hoy los estados miembros.

En este sentido, entiendo que la comunidad humana (con sus cualidades comunes insustituibles: historia, costumbres, tradiciones, intención de compartir la convivencia, cultura, lengua, expectativas de futuro, etc.) es la base ineludible

de la nación y elemento (a mi juicio subjetiva y cualitativamente más relevante) de la caracterización de un Estado soberano.

Por lo expuesto, no considero acertado valorar a la Unión Europea en términos de la estatalidad tradicional propia de un Estado nacional europeo; aunque si creo que es apropiada la caracterización como asociación de estados soberanos (Staatenverbund) hecha por la sentencia.

Por su parte, la apreciación de los Estados en tanto señores de los tratados, (Herren der Verträge) si bien es cierto que tradicional, resulta adecuada a la realidad jurídico-política del procedimiento de asociación por la vía de tratados fundacionales (es decir para la etapa de establecimiento de la Unión), aunque sería prudente distinguirla de la etapa posterior, en que la dinámica de la Unión Europea entra en funcionamiento a partir de las competencias atribuidas por sus Estados miembros, con un estatuto jurídico y una dinámica de funcionamiento propios, ajenos a la de los Estados, con procedimientos ejecutivos, legislativos y judiciales bien diferenciados e institucionalizados; a partir de una carta fundacional que ya no permite una denuncia ordinaria (como el resto de los tratados del derecho internacional) sino que requiere de un procedimiento específico de retirada de la Unión, expresamente previsto en el Tratado.

Volviendo a la solución alternativa jurisprudencial propuesta para la sentencia del TCA **respecto del Tratado de Lisboa en relación a la "identidad constitucional"; ésta habría permitido reducir el campo del ordenamiento jurídico europeo que en Alemania pudiera potencialmente tropezar con obstáculos a su primacía (y de esta manera, dejar a priori a salvo todo el resto del derecho comunitario con base en aquellas competencias atribuidas en los tratados que no vulnerasen la parcela de identidad constitucional fuera del amparo de la "garantía de eternidad" del art. 79.3 de la LFB).**

He retomado este punto a efectos de formular esta reflexión: Muchos interrogantes genera este concepto de identidad constitucional, digno de

protección para el derecho de la UE y susceptible de excluir potencialmente un principio basal del ordenamiento comunitario, como es la **“primacía”**.

En opinión del autor de estas líneas, no cabe duda, que hubiera sido inmensamente útil y un importante factor preventivo de conflictos, que se hubiera previsto un mecanismo de interacción institucional en los Tratados para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones constitucionales de los estados miembros puedan delimitar, delinear y conformar el núcleo básico de cada una de las identidades constitucionales dignas de tutela para el Derecho de la UE y así lograr de manera dialogada lo que podría ineludiblemente llegar a una confrontación si las soluciones de los tribunales constitucionales nacionales o el de Luxemburgo fueran unilaterales: la sentencia del TCA sobre el Tratado de Lisboa es una muestra de que ese peligro de confrontación dista de ser remoto.

Por otra parte, este mecanismo podría asimismo incorporar una instancia de trabajo mutuo y de coordinación para dar contenido explícito y delimitado al **concepto de “tradiciones constitucionales comunes”, que a su vez permita diferenciar lo que podría denominarse como “identidades constitucionales comunes” o compartidas entre todos o algunos estados miembros; como así también distinguir aquellas “identidades constitucionales no comunes”, propias de cada estado miembro.**

Sin duda esta tarea de indagación, explicitación, delimitación y clasificación sería de un aporte relevante a la ciencia jurídica de la Unión Europea, permitiendo clarificar conceptos y principios indispensables para dar una certidumbre mayor al proceso de integración en lo que se refiere a su devenir constitucional horizontal (entre los Estados miembros de la UE) y vertical (entre la Unión Europea y aquéllos).

IV. Bibliografía

Anexo I – Bibliografía consultada

a) Material consultado del curso

Castillo de la Torre, F., La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa, análisis y comentarios, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 34, Madrid, septiembre/diciembre (2009), págs. 969-1010. Descargable, on line de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=686&IDA=27674>. Último acceso 28-02-2014.

Häberle, P., La regresiva “sentencia Lisboa” como “Maastricht-II anquilosada”, Revista de Derecho Comunitario Europeo (ReDCE), Año 6, Núm. 12, julio-diciembre 2009, págs. 397-429. Descargable, on line de: http://www.ugr.es/~redce/REDCE12pdf/14_HABERLE.pdf. Último acceso 28-02-2014.

López Castillo, A., Alemania en la unión Europea a la luz de la sentencia – Lisboa de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Revista Española de Derecho Constitucional (REDC), núm. 87, septiembre-diciembre (2009), págs. 337-360. Descargable, on line de: http://www.larioja.org/upload/documents/686018_REDC_N_87-2009.Alemania_en_la_Union_Europea.pdf. Último acceso 28-02-2014.

Martín y Pérez de Nanclares, J., Órdago del Tribunal Constitucional Alemán al proceso de integración Europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa), REAF núm 13, abril 2011, págs. 97-145. Descargable, on line de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3650425.pdf>. Último acceso 28-02-2014.

b) Otra bibliografía de consulta o interés

Ansuátegui Roig, F., Derechos fundamentales y “tradiciones constitucionales comunes” en la aplicación del Derecho Europeo, El Tiempo de los

Derechos, WP. núm. 3, 2013. Descargable, on line de: http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/54-derechos-fundamentales-y-tradiciones-constitucionales-comunes-en-la-aplicacion-del-derecho-europeo.html. Último acceso 28-02-2014.

Barrero Ortega, A. (Recensión sobre López Castillo, A. (Aut.), Menéndez Menéndez, A. J. (Aut.), Vidal Prado, C. (Coord.), Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán), Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 45, Mayo/Agosto 2013. Accesible, on line en: <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=4&IDN=1308&IDA=36713> Último acceso 28-02-2014.

Bustos, Gisbert, R., XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales, Revista Española de Derecho Constitucional, número 95, Mayo/Agosto 2012. Accesible, on line en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1287&IDA=36348>. Último acceso 18-02-2014.

Calvo Cano Montejano, José, La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Camisón Yagüe, J. A., La Sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre el **Tratado de Lisboa como "hoja de ruta constituyente" de la Unión Europea**, mayo 2011. Accesible, on line en: <http://www.revistarue.eu/RUE/042011.pdf>. Último acceso 18-02-2014.

Classen, C. ¿Fortalecimiento legítimo del Bundestag o lecho constitucional de Procastes? Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Lisboa, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 25, 2010, págs. 237-260. Accesible, on line en: <http://e-spacio.uned.es/revistasuned/index.php/TRC/article/view/6893/6591>. Último acceso 28-02-2014. Último acceso 23-02-2014.

Elías Méndez, C y Vidal Prado, C, Traducción del texto de la sentencia del TCA sobre el Tratado de Lisboa (BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, párrafos 1 – 421), en: AA. VV., Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán, CEPC, Madrid, 2011, págs. 203-408. Accesible, on line en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>. Último acceso 28-02-2014.

Lopez Castillo, A. (Reseña bibliográfica: Ipsen, H., Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil), Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14. Núm. 41. Mayo-Agosto 1994.

Menéndez, A., La mutación constitucional de la Unión Europea, Revista Española de Derecho Constitucional (REDC), núm. 96, septiembre-diciembre (2012), págs. 41-98. Descargable, on line de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1296&IDA=36449>. Último acceso 28-02-2014.

Orozco Solano, V., El anhelado pluralismo constitucional en el ámbito europeo frente a la superioridad normativa de las Constituciones de cada Estado: la protección multidimensional de los derechos fundamentales en Europa, REVISTA JUDICIAL N° 104, Junio 2012. Descargable, on line de: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/02-%20anhelado%20pluralismo.doc. Último acceso 28-02-2014.

Stein, T., La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht, Revista de Instituciones Europeas (RDCE), vol. 21, n.º 3, 1994, págs. 745-769. Descargable, on line de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=5&IDN=754&IDA=28140>. Último acceso 23-02-2014.

Tajadura, J. y De Miguel, J. (Coord.), Justicia Constitucional y Unión Europea – Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria,

España, Francia, Italia y Portugal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008, en págs. 43-94.

Tomuschat, C., Control abstracto de normas. La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Lisboa (von Bogdandy, A., Ferrer MacGregor, E., Morales Antoniazzi, M. -coordinadores- La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, T. I, accesible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2894>) Accesible, on line en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/34.pdf>. Último acceso 25-02-2014.

c) Normativa y jurisprudencia básicas con referencia en el trabajo

Tratado de Lisboa

Tratado de Maastricht

Constitución de la República Federal de Alemania

Ley de Tribunal Constitucional Alemán

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (o Comunidades Europeas)

Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán

Anexo II – Tabla de abreviaturas básicas

BRD Bundesrepublik Deutschland: República Federal de Alemania.

BVerfGE Bundesverfassungsgericht: Tribunal Constitucional alemán (también conocido como Tribunal Constitucional Federal).

GÄGG Gesetz zur die Änderung des Grundgesetzes: ley de modificación o reforma constitucional.

GG Grundgesetz: Ley Fundamental de Alemania (conocida también como de Bonn) – Constitución de la República Federal de Alemania.

GÜBBEU Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union: ley de ampliación y fortalecimiento de los Derechos de la Cámara de Diputados y del Senado sobre asuntos de la Unión Europea.

IVG Integrationsverantwortungsgesetz: Ley de Responsabilidad en la Integración.

Lac Ver MG (Mitwirkungsgesetz).

LAFBBUE Ver GÜBBEU (Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union).

LFA/LFB Ver GG (Grundgesetz).

LR Ver ZG (Zustimmungsgesetz).

LRC Ver GÄGG (Gesetz zur die Änderung des Grundgesetzes).

LRI Ver IVG (Integrationsverantwortungsgesetz).

MG Mitwirkungsgesetz: ley complementaria o de acompañamiento.

RFA Ver BDR (Bundesrepublik Deutschland).

TCA/TCF Ver BVerfGE (Bundesverfassungsgericht).

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ex Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: TJCE).

TL Tratado de Lisboa.

TM Tratado de Maastricht.

UE Unión Europea.

ZG Zustimmungsgesetz: ley de aprobación para la ratificación del Tratado.

M. Szewczak, *The competitiveness of the Central Europe in the European Union. Economic and legal aspects*, casa editora: "Wydawnictwo KUL", 2010, págs. 121-124;

M. Szewczak, *The competitiveness of the Central Europe in the European Union. Economic and legal aspects*, casa editora: "Wydawnictwo KUL", 2009.

LA DOCTRINA «ENGEL»
EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN MULTINIVEL EUROPEO

Andrés TRIPODI (*)

Sumario

1. Engel: la génesis. - 2. Ozturk y Lutz: el afianzamiento de la doctrina. - 3. Doctrina consolidada. - 4. Las sentencias Kasparov y Khmel. 5. -Influencia en el espacio comunitario. - 6. Top Down Convergence. - 7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un puente hacia los Estados Americanos. - 8. Conclusiones.

§

1. Engel: la génesis

En la sentencia *Engel*¹ de 1978 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concibió los denominados *criterios Engel*, los cuales se han convertido, a lo largo de los años y a fuerza de su reiterada aplicación, en un verdadero test a la hora de analizar la naturaleza de las sanciones administrativas.

En este caso, debió indagar si las sanciones disciplinarias que le fueron impuestas a cinco conscriptos por la autoridad militar holandesa, cuyo fundamento legal residía, entre otros, en el Código Penal Militar de los Países Bajos, eran de naturaleza penal y por tanto aplicables las garantías previstas en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "CEDH" o "Convenio Europeo"). Dichas sanciones, catalogadas como disciplinarias según el

(*) Ayudante de Derecho de la Integración de la Universidad de Buenos Aires.

¹ TEDH, *Engel and others v. The Netherlands*, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, sentencia de 8 de junio de 1976.

ordenamiento jurídico interno, preveían penas que podían llegar a implicar la privación de la libertad² y cuyo fin era evidentemente punitivo³.

Para constatar la naturaleza penal de las sanciones disciplinarias y, consiguientemente, poder evaluar la aplicación de las garantías del art. 6 del CEDH al procedimiento sancionador, el TEDH estableció los *criterios Engel*⁴, los cuales se detallan a continuación:

- I. La denominación que recibe la sanción según el sistema legal del Estado.
- II. La naturaleza del delito.
- III. El grado de severidad de la pena que la persona corre el riesgo de incurrir.

En primer lugar, realizó una aclaración relevante que concierne al primero de estos criterios, al destacar que si bien los Estados poseen la libertad de clasificar las sanciones de la forma que estimen más conveniente, dado el carácter autónomo del concepto “penal”, el Tribunal se reservó la facultad de controlar dicha organización. Como se verá a continuación, en *Ozturk* finalmente concluyó que el primer criterio tiene “*solo un valor relativo*”⁵.

En cuanto a la caracterización de la sanción como “disciplinaria”, el uso de dicho término responde a la clasificación elegida por el legislador nacional. El Tribunal posteriormente en la sentencia *Albert and Le Compte*⁶ discutió la aplicación del art. 6 del CEDH en procedimientos de tipo disciplinarios, entendiendo a las sanciones disciplinarias como aquellas dirigidas a un grupo

² Idem, apartados 16 a 23.

³ Idem, apartado 85.

⁴ Idem, apartado 82.

⁵ TEDH, *Ozturk v. Germany*, Application No. 8544/79, sentencia de 21 de febrero de 1984. apartado 52.

⁶ TEDH, *Albert and Le Compte v. Belgium*, Application No. 7299/75 7496/76, sentencia de 10 de febrero de 1983.

particular de personas por reunir una condición o estado particular. En dicho caso, las sanciones tenían como fundamento la violación de normas de conducta profesional. Con posterioridad en *Weber*⁷, explicó que las medidas disciplinarias **generalmente se encuentran dirigidas a un grupo particular de personas “para compeler al cumplimiento de las normas específicas que regulan su conducta”**⁸.

Podría afirmarse que, considerando su reiterada utilización, la sentencia *Engel* creó un criterio jurisprudencial sólido que sin embargo, no fue plenamente aplicado al caso concreto. Bajo la justificación de que las circunstancias fueron analizadas en función de las características particulares **de la “vida militar”, el Tribunal tomó como naturales a ese ámbito, medidas disciplinarias que en los hechos conllevaban verdaderas privaciones de la libertad, de innegable connotación penal como lo afirmará el Tribunal con posterioridad**⁹.

En tal sentido, el voto en disidencia del juez Cremona en el asunto *Engel*, criticó el no reconocimiento del carácter penal de una sanción que implicó para uno de los demandantes la privación de la libertad (que por otra parte, había sido reconocida expresamente en el párrafo 63 de la sentencia), amparándose en que **la misma era “muy breve como para pertenecer al ámbito penal”**¹⁰.

Asimismo, es dable mencionar la disidencia razonable que efectuó el juez Zekia en su voto particular, la cual versó sobre el silencio del voto mayoritario en lo relativo a la falta de imparcialidad de los órganos administrativos encargados de acusar, juzgar y resolver el recurso ante la decisión final, situación que configuraba una clara violación del Convenio Europeo dado que el procedimiento no cumplía plenamente con las garantías previstas en el art. 6 del CEDH.

2. Ozturk y Lutz: el afianzamiento de la doctrina

⁷ TEDH, *Weber v. Switzerland*, Application No. 11034/84, sentencia de 22 de mayo de 1990.

⁸ Idem, apartado 33.

⁹ TEDH, *Ziliberberg v. Moldavia*, Application No. 61821/00, sentencia de 1 de febrero de 2005, apartado 34.

¹⁰ TEDH, *Engel and others v. The Netherlands*, Separate Opinion of Judge Cremona.

Si bien *Engel* marcó un hito, la aplicación efectiva de su doctrina se dio en las sentencias *Ozturk*¹¹ y *Lutz*¹², de los años 1984 y 1987 respectivamente. En este tándem se aplicaron los tres criterios anteriormente mencionados para analizar la naturaleza de una infracción administrativa propiamente dicha.

En *Ozturk* el TEDH meritó en primer lugar, la “*estrecha conexión*”¹³ entre los ilícitos administrativos y penales desde el punto de vista procedimental, ya que la ley alemana preveía la aplicación analógica de las disposiciones penales para los procedimientos mediante los cuales se imponen infracciones administrativas.

Al momento de analizar la naturaleza de la infracción administrativa a la luz de la *doctrina Engel*, el TEDH, complementando el segundo criterio - “*la naturaleza del delito*” - afirmó que sumado al carácter general de la norma que la impone, el fin de la sanción es “*disuasorio y punitivo*”¹⁴. De esta forma, marcó la innecesidad de analizar el tercer criterio en tanto “*la relativa falta de seriedad de la pena no puede privar a un delito de su carácter inherentemente penal*”¹⁵ y confirmó la naturaleza penal de la misma. Por consiguiente, el TEDH confirmó la eficacia de las garantías del debido proceso del art. 6 CEDH en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

Es posible que en estos casos, el TEDH haya tenido mayor libertad para aplicar los tres criterios sin ataduras coyunturales y ello haya permitido valorar una infracción administrativa de tránsito como disuasoria, punitiva y de carácter penal, a diferencia de lo ocurrido en *Engel*, donde una pena privativa de la libertad fue desafectada de dicho ámbito por no ser considerada grave.

¹¹ TEDH, *Ozturk*, Idem.

¹² TEDH, *Lutz v. Germany*, Application No. 9912/82, sentencia de 25 de febrero de 1987.

¹³ TEDH, *Ozturk*, Idem, apartado 51.

¹⁴ TEDH, *Ozturk*, Idem, apartado 53.

¹⁵ TEDH, *Ozturk*, Idem, apartado 54.

Por último, el TEDH reafirmó que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos no es incompatible con la CEDH, en tanto y en cuanto se permita al administrado impugnar las decisiones administrativas en sede judicial, mediante un proceso que pueda brindar las garantías judiciales del art. 6 del CEDH¹⁶.

2.1. *Otros ámbitos de aplicación*

En su prolífica función jurisdiccional, el Tribunal ha aplicado, en base a la *doctrina Engel*, las garantías judiciales del art. 6 del CEDH a supuestos en los cuales intervienen procedimientos administrativos que imponen:

- a) sanciones disciplinarias a reclusos por parte de autoridades penitenciarias^{17 18};
- b) delitos administrativos en aquellos Estados donde aún se mantienen vigentes Códigos de Delitos Administrativos^{19 20 21 22} y
- c) sanciones por violación a disposiciones relativas al derecho a la competencia, tales como las prácticas colusorias, el abuso de posición dominante o la competencia desleal²³.

En 2006, el TEDH confirmó en *Jussila*²⁴ la naturaleza penal de las sanciones tributarias que imponen recargos de impuestos, y por ende, el

¹⁶ TEDH, *Ozturk*, Idem, apartado 56.

¹⁷ TEDH, *Campbell and Fell v. United Kingdom*, Application No. 7819/77; 7878/77, sentencia de 26 de junio de 1984.

¹⁸ TEDH, *Ezeh and Connors v. United Kingdom*, Application No. 39665/98; 40086/98, sentencia de 9 de octubre de 2003.

¹⁹ TEDH, *Menesheva v. Russia*, Application No. 59261/00, sentencia de 9 de marzo de 2006.

²⁰ TEDH, *Ziliberberg*, Idem.

²¹ TEDH, *Kasparov v. Russia*, Application No. 21613/07, sentencia de 3 de octubre de 2013.

²² TEDH, *Khmel v. Russia*, Application No. 20383/04, sentencia de 12 de diciembre de 2013.

²³ TEDH, *Menarini v. Italy*, Application No. 43509/08, sentencia de 27 de septiembre de 2011.

²⁴ TEDH, *Jussila v. Finland* (GC), Application No. 73053/01, sentencia de 23 de noviembre de 2006.

enquadramiento de las garantías del art. 6 del CEDH dentro del ámbito de los procedimientos fiscales sancionadores, reafirmando que si bien no existen dudas acerca de la importancia y posición fundamental que ocupa la recaudación impositiva para el efectivo funcionamiento del Estado, no considera que la **“eliminación de las garantías procesales en la aplicación de sanciones punitivas en dicha materia sea necesaria para mantener la eficacia del sistema fiscal”**²⁵.

Otro caso particular constituyó la sentencia *Demicoli*²⁶, en la cual el Tribunal declaró aplicable el art. 6 del CEDH a un procedimiento mediante el cual el poder legislativo de Malta, funcionando como órgano acusador y juzgador, impuso una multa al director de un medio gráfico por una publicación difamatoria contra uno de sus miembros.

3. Doctrina consolidada

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial del TEDH en la materia, es posible afirmar que los tres criterios se han convertido en un verdadero test a la hora de analizar la naturaleza de una infracción o sanción administrativa.

La *doctrina Engel* rige de la siguiente manera:

En lo referente al primer criterio, tal como se ha mencionado anteriormente, **tiene un valor relativo dado la autonomía del concepto “penal”**. El Tribunal se reserva la facultad de analizar en el caso concreto la pertinencia de dicha denominación, puesto que no podría permitirse dejar a la soberana voluntad de los Estados la aplicación de las garantías procesales del art. 6 del CEDH, mediante la mera clasificación normativa que permita excluirlas.²⁷

²⁵ TEDH, *Jussila v. Finland* (GC), Idem, apartado 36.

²⁶ TEDH, *Demicoli v. Malta*, Application No. 13057/87, sentencia de 27 de agosto de 1991.

²⁷ TEDH, *Engel*, Idem, apartado 82 y TEDH, *Campbell and Fell*, ibid, apartado 68.

El segundo criterio relativo a la naturaleza del delito fue descripto, **a contrario sensu, como “un factor de gran importancia”**²⁸. La previsión legal debe ir dirigida contra la generalidad de la población y su fin debe ser disuasorio y punitivo²⁹.

El tercer criterio, concerniente al grado de severidad de la pena que la persona corre el riesgo de incurrir ha sido también limitado, al entender el Tribunal que **“la relativa falta de seriedad de la pena no puede privar a un delito de su carácter inherentemente penal”**³⁰. Por otra parte, debe considerarse la severidad de la pena en abstracto, es decir, teniendo en consideración la máxima pena potencial en que podría llegar a incurrir una persona por la violación de la norma que justifica su imposición³¹. Dentro de esta perspectiva, una sanción que prevé cualquier forma de privación de la libertad es un indicio suficiente para definir la connotación penal de una infracción administrativa³².

En cuanto al segundo y tercer criterio tomados conjuntamente el TEDH comenzó aplicándolos de manera alternativa, pero fue admitiendo un enfoque más amplio, acogiendo un examen acumulativo de ambos criterios **“cuando del análisis separado de cada uno no pueda ser posible llegar a una conclusión evidente sobre la existencia de una acusación de naturaleza penal”**³³.

En cuanto a las disposiciones normativas que habilitan la imposición de sanciones administrativas, el Tribunal ha mantenido en reiteradas ocasiones que el fin de la sanción que se pretende imponer debe ser disuasorio y punitivo³⁴.

²⁸ TEDH, *Campbell and Fell*, Idem, apartado 71.

²⁹ TEDH, *Ozturk*, Idem, apartado 53.

³⁰ TEDH, *Ozturk*, Idem, apartado 54.

³¹ TEDH, *Janosevic v. Sweden*, Application No. 34619/97, sentencia de 23 de Julio de 2002, apartado 69.

³² TEDH, *Ziliberberg*, Idem, apartado 34.

³³ TEDH, *Ezeh and Connors*, Idem, apartado 86.

³⁴ TEDH, *Ozturk*, Idem, apartado 53.

Otra cuestión que el TEDH tuvo en consideración es la garantía del control judicial suficiente, como requisito general de validez de toda instancia administrativa y en particular a aquellas que habilitan la aplicación de infracciones o sanciones, con el fin de que el particular tenga la posibilidad de impugnar las actuaciones administrativas en sede judicial mediante un proceso que pueda brindar la totalidad de las garantías judiciales del art. 6 del CEDH. En otros términos y tal como ha sido planteado en la sentencia *Menarini*, si bien el Tribunal permite la aplicación de penas en sentido material por órganos administrativos, deberá permitírsele al administrado recurrir la decisión ante un órgano judicial con jurisdicción plena, que posea además la facultad de controlar “*las cuestiones de hecho y derecho suscitadas en sede administrativa relacionadas con la controversia planteada*”³⁵.

4. Las sentencias *Kasparov* y *Khmel*

La sentencia *Kasparov*³⁶ puso de manifiesto una situación común a todos los Estados que antiguamente formaron parte de la URSS y que mantienen ultractivamente disposiciones de origen soviético como lo son los Códigos de Delitos Administrativos, vigentes aún en Rusia, Ucrania, Moldavia y Armenia.

Dichos cuerpos normativos están integrados por “delitos administrativos”, para los cuales se prevén auténticas penas privativas de la libertad, las cuales son aplicadas por órganos administrativos que no reúnen la totalidad de las garantías judiciales que deben circundar a un proceso que aplica penas de tal gravedad.

Aplicando la doctrina consolidada en materia de infracciones administrativas y haciendo especial foco en la sanción privativa de la libertad que sufrieron los demandantes como consecuencia de haber participado en una manifestación no autorizada por las autoridades y, reafirmando a su vez, la fuerte

³⁵ TEDH, *Menarini*, Idem, apartado 59.

³⁶ TEDH, *Kasparov*, Idem.

connotación penal de dicho castigo, el TEDH concluyó que el Estado no garantizó las previsiones impuestas por el Convenio Europeo en su art. 6 en el procedimiento sancionatorio instruido.

En *Khmel*³⁷, por su parte, se discutió la validez de la duplicidad de procedimientos respecto de un único delito a la luz del art. 4. 1 del Protocolo N° 7, el cual prevé el principio *non bis in ídem*. En dicho caso se constató que a raíz de un hecho, las autoridades rusas iniciaron dos procedimientos paralelos - uno bajo el Código de Delitos Administrativos y otro bajo el Código Penal - y que los delitos imputados eran materialmente iguales en uno y otro ámbito³⁸.

5. Influencia en el espacio comunitario

5.1. Unión Europea

Es innegable que la jurisprudencia del TEDH ha ejercido influencia en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") mediante la incorporación de principios en materia de derechos fundamentales y criterios interpretativos de los mismos, lo cual se ve plasmado en el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea, el cual dispone que *"los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales."*

En lo que respecta al análisis de la naturaleza de las sanciones impuestas por la administración y el consiguiente reconocimiento de las garantías del art. 6 CEDH en el procedimiento sancionador, el TJUE se ha encontrado en más de una oportunidad en la tarea de analizar las multas previstas, en un primer momento,

³⁷ TEDH, *Khmel*, Idem.

³⁸ TEDH, *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Application No. 14939/03, sentencia de 10 de febrero de 2009.

en el art. 15 del Reglamento N° 17/62³⁹ y con posterioridad, en el art. 23 del Reglamento (CE) N° 1/2003⁴⁰ relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Previo a la sanción del Reglamento (CE) N° 1/2003, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, "TJCE") se expidió sobre la naturaleza de las multas por prácticas colusorias aplicadas por la Comisión en *Baustahlgewebe*⁴¹, introduciendo por primera vez la *doctrina Engel* en la jurisprudencia del órgano comunitario. De manera más explícita aún, en *Huls*⁴² sostuvo: *"debe también admitirse que, en atención a la naturaleza de las infracciones contempladas, así como a la naturaleza y grado de severidad de las sanciones correspondientes, el principio de la presunción de inocencia se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas susceptibles de conducir a la imposición de multas o multas coercitivas (véanse, en este sentido, principalmente, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Öztürk, de 21 de febrero de 1984, Serie A n. 73, y Lutz, de 25 de agosto de 1987, serie A n. 123-A)."*

Desgraciadamente, esta línea interpretativa del TJCE no se mantuvo estable en el tiempo, ya que en *Volkswagen*⁴³, en base al artículo 15.2 del Reglamento N° 17/62 que regulaba la imposición de multas por violación al derecho de la competencia, sostuvo que las mismas no tenían carácter penal. En *Compagnie Maritime Belge*⁴⁴, por su parte, el Tribunal de Luxemburgo desconoció

³⁹ Diario Oficial N° 13 del 21 de febrero de 1962.

⁴⁰ DOCE, N° L 001 del 4 de enero de 2003, pag. 0001 – 0025.

⁴¹ TJCE, *Baustahlgewebe GmbH*, asunto C-185/95-P. sentencia de 17 de diciembre de 1998, apartados 20 y 21.

⁴² TJCE, *Huls*, asunto C-199/92 P, sentencia de 8 de Julio de 1999, apartado 151.

⁴³ TJCE, *Volkswagen AG*, asunto T-62/98, sentencia de 6 de Julio de 2000, apartado 96.

⁴⁴ TJCE, *Compagnie Maritime Belge*, asunto C-395/96-P, sentencia de 16 de marzo de 2000.

el carácter penal de las multas impuestas en virtud del Reglamento N° 4056/86⁴⁵ y además agregó que *“ha sido declarado que la eficacia del Derecho comunitario de la competencia quedaría gravemente afectada si se acogiera la tesis según la cual el Derecho de la competencia tiene naturaleza jurídico-penal”*⁴⁶. En el año 2010, la sentencia *Lafarge*⁴⁷ confirmó esta línea jurisprudencial, aun reconociendo el efecto “disuasorio” de la multa aplicada en virtud del Reglamento N° 17/62, criterio que recuerda al utilizado por el TEDH en el fallo *Ozturk* al caracterizar las previsiones legales que imponen sanciones de naturaleza penal.

Con posterioridad, tanto en *E.ON Energie AG*⁴⁸ como en *Aragonesas Industrias y Energía S.A.U.*⁴⁹, el TJUE tuvo oportunidad de analizar las infracciones impuestas en virtud del art. 23 del Reglamento (CE) N° 1/2003, ocasión en la cual, reconoció la aplicación del principio de presunción de inocencia en el ámbito de los *“procedimientos relativos a violaciones de las normas sobre competencia aplicables a las empresas que puedan dar lugar a la imposición de multas o multas coercitivas”* haciendo expresa mención a las sentencias *Ozturk* y *Lutz* y justificando dicha aplicación, en la naturaleza de las infracciones y del grado de severidad de las sanciones. Cabe decir que en ningún momento el TJUE especificó cuál es la naturaleza de las infracciones, manteniendo la reticencia de catalogarlas expresamente bajo el rotulo de *“penas”*.

Más recientemente, las sentencias *Schindler*⁵⁰ y *Kone*⁵¹ fueron observadas a la luz del fallo *Menarini* del TEDH, asunto en el cual se examinó la condición de una sanción impuesta por la autoridad italiana de regulación de la competencia

⁴⁵ Diario Oficial L 378 del 31 de diciembre de 1986.

⁴⁶ TJCE, *Compagnie Maritime Belge*, Idem, apartado 67.

⁴⁷ TJUE, *Lafarge SA*, asunto C-413/08-P, sentencia de 17 de junio de 2010, apartado 101.

⁴⁸ TJUE, *E.ON Energie AG*, asunto T-141/08, sentencia de 15 de diciembre de 2010, apartado 52.

⁴⁹ TJUE, *Aragonesas Industrias y Energía, S.A.U.*, asunto T-348/08, sentencia de 25 de octubre de 2011, apartado 94.

⁵⁰ TJUE, *Schindler*, asunto C-501/11 P, sentencia de 18 de Julio de 2013.

⁵¹ TJUE, *Kone*, asunto C-510/11 P, sentencia de 24 de octubre de 2013.

por prácticas contrarias al citado ámbito. En dichos casos analizó el aspecto formal de la imposición de multas en virtud del Reglamento (CE) N° 1/2003.

Haciendo suyas las palabras del TEDH en cuanto a la convencionalidad de la aplicación de sanciones por parte de órganos administrativos, el TJUE declaró en *Schindler*, que *“encomendar a órganos administrativos la tarea de perseguir y reprimir las infracciones de las normas sobre competencia no es incompatible con el CEDH, siempre que el interesado pueda impugnar las resoluciones adoptadas en su contra ante un tribunal que ofrezca las garantías establecidas en el artículo 6 del CEDH”*⁵².

5.2. La decisión prejudicial Bonda: un paso atrás.

En la decisión prejudicial *Bonda*⁵³ del año 2012, el TJUE analizó la naturaleza de las sanciones del art. 138 del Reglamento N° 1973/2004⁵⁴, según el cual se establecen los motivos de denegación de los pagos directos en materia de ayudas agrícolas. El Tribunal de Luxemburgo concluyó que *“no constituyen sanciones de naturaleza penal”*⁵⁵.

Para arribar a tal conclusión, examinó dichas sanciones a la luz de los *criterios Engel*: en cuanto al primero, el TJUE consideró que de la calificación que realiza el Reglamento no surge que tenga un carácter penal.

En cuanto al segundo criterio afirmó que la finalidad de la sanción *“no es represiva, sino que consiste esencialmente en proteger la gestión de los fondos de la Unión mediante la exclusión temporal del beneficiario que haya efectuado declaraciones inexactas en su solicitud de ayuda”*⁵⁶.

⁵² TJUE, *Schindler*, Idem, apartado 34.

⁵³ TJUE, *Bonda*, asunto C-489/10, sentencia de 5 de junio de 2012.

⁵⁴ Diario Oficial L 345 del 20 de noviembre de 2004.

⁵⁵ TJUE, *Bonda*, Idem, apartado 46.

⁵⁶ TJUE, *Bonda*, Idem, apartado 40.

Considero este análisis un tanto endeble, en tanto el falseo en la declaración que realiza el agricultor es asimilable, en su naturaleza, a las maniobras fraudulentas en materia fiscal, puesto que ambos supuestos influyen negativamente en los fondos públicos e implican defraudaciones al Estado. En un caso se falsea información al Estado con el fin de evadir impuestos, y en el otro, la adulteración de los datos se realiza con el fin de percibir mayores sumas en concepto de ayudas estatales. Cabe decir que el TEDH reconoció la naturaleza penal de las sanciones fiscales por evasión tributaria en *Bendenoun*⁵⁷ y les asignó un carácter disuasorio y punitivo.

Acerca del tercer criterio, el TJUE aseveró que “las sanciones previstas en el artículo 138 (...) tienen como único efecto privar al agricultor de que se trate de la perspectiva de obtener una ayuda”⁵⁸.

En este caso el análisis parece ser un tanto superficial: la privación del acceso a un beneficio estatal tiene un carácter punitivo, dado que considera como un hecho disvalioso y reprochable el haber falseado información a la Comisión y por tanto, se le asigna una consecuencia jurídica que le causa un perjuicio al particular, que bajo ningún punto de vista se reputa como reparatoria en favor de la administración.

En síntesis, podría afirmarse, que a lo largo de sus sentencias, el TJUE mantuvo una actitud cautelosa, al haberse abstenido de catalogar como penales, infracciones administrativas que reunían tal calidad según la interpretación del TEDH, como por ejemplo, las multas impuestas por el art. 23 del Reglamento (CE) N° 1/2003. Esta negativa se debe, muy posiblemente, a que el TJUE haya evitado contradecir expresamente el apartado 5 de dicho artículo, el cual dispone que **“las decisiones adoptadas en aplicación de los apartados 1 y 2 (multas, en ambos casos) no tendrán carácter penal”**.

⁵⁷ TEDH, *Bendenoun v. France*, Application No. 12547/86, sentencia de 24 de febrero de 1994, apartado 47.

⁵⁸ TJUE, *Bonda*, Idem, apartado 43.

6. Top Down Convergence

6.1. España

El caso de España constituye un caso paradigmático: en la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de febrero de 1972, previo al caso *Engel*, el Tribunal Supremo reconoció la identidad sustancial de los ilícitos administrativos y penales, aglutinándolos como ramificaciones del “*supraconcepto*” del ilícito cuya justificación reposa en el poder punitivo o *ius punendi* estatal. Agregó que a pesar de su “*esencia unitaria (...) permite las reglas diferenciales inherentes a la distinta función para la cual han sido configuradas uno y otro ilícito*”.

Dicha sentencia fue el punto de partida de una fecunda y extensa jurisprudencia en materia de reconocimiento de las garantías del debido proceso adjetivo en el marco del procedimiento administrativo sancionador, tanto del Tribunal Supremo Español⁵⁹ como del Tribunal Constitucional.

Este último, por su parte, consideró aplicables los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador en varias oportunidades. Prescribió que dicha migración debe realizarse con suma cautela, analizando cada caso concreto a fin de evitar la aplicación automática de dichos principios⁶⁰. En especial cabe destacar la sentencia 77/83⁶¹ que **enumera y describe “las específicas garantías del procedimiento administrativo sancionador”**⁶².

La sentencia STC 89/95⁶³ tiene una particular importancia ya que receptó expresamente la jurisprudencia del TEDH. En sus palabras, el Tribunal

⁵⁹ TS España, sentencias del 16/2/90; 13/6/90; 18/6/90; 22/4/91; 28/5/91; 30/11/91; 5/11/92; 8/3/93; 8/2/94; 9/7/94.

⁶⁰ TC España, sentencias 18/81; 29/89; 22/90; 212/90; 145/93; 12/94; 197/95; 120/96; 7/98; 58/98.

⁶¹ TC España, sentencia 77/83 del 3/10/83.

⁶² MALJAR, Daniel E., *Derecho Administrativo Sancionador*, 1° ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pág. 77.

⁶³ TC España, sentencia 89/95.

Constitucional aseveró: *“es cierto que constituye una doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así, por ejemplo, Sentencias del T.E.D.H. de 8 de junio de 1976 -asunto Engel y otros-, de 21 de febrero de 1984 -asunto Öztürk-, de 28 de junio de 1984 -asunto Cambell y Fell-, de 22 de mayo de 1990 -asunto Weber-, de 27 de agosto de 1991 -asunto Demicoli-, de 24 de febrero de 1994 -asunto Bendenoun-), la de que los principales principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador...”* para continuar agregando que dentro de las *“garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990, 138/1990), derechos fundamentales todos ellos que han sido incorporados por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”*.

6.2. Francia

En el caso francés es de destacar la intervención del máximo órgano jurisdiccional en materia administrativa, el Consejo de Estado, en favor de la acogida del *doctrina Engel*, teniendo en especial consideración, su conocido recelo *“a todo lo europeo, es decir, a lo supranacional”*⁶⁴.

La recepción del criterio jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo en cuanto a la caracterización penal de las sanciones administrativas se dio por primera vez en el año 2000, en las sentencias *“Sté Cooper Communications”* y *“Sté Habib Bank Ltd”*. En estos casos se enjuiciaron las sanciones impuestas por

⁶⁴ BURGORGUE LARSEN, Laurence, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Penal*, pág. 12 (Traducción revisada por Marta Muñoz de Morales Romero. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. UCLM).

la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (*Autorité de Régulation des Télécommunications*) y por la Comisión Bancaria (*Commission Bancaire*), respectivamente.

En ambos asuntos, el Consejo de Estado, en palabras de Burgorgue Larsen, estimó que las autoridades administrativas detentan "*un poder de sanción*", cuya consecuencia jurídica directa es la imposición de sanciones que se incluyen "*en la materia penal y, por ende, están sujetas a las exigencias del artículo 6.1 CEDH*"⁶⁵.

6.3. Suecia

Contemporáneamente a las sentencias del Consejo de Estado francés, la Suprema Corte Administrativa de Suecia (*Regeringsrätten*) resolvió el asunto *Volvo*⁶⁶ en consonancia con las reglas establecidas en las sentencias *Engel* y *Ozturk* del TEDH.

El *Regeringsrätten* realizó un meticuloso estudio, a la luz de la doctrina del TEDH, sobre los recargos de impuestos aplicados por el fisco a una empresa, por haber falseado información referida a la facturación. Tomando la estructura de análisis que adopta el TEDH, la Suprema Corte Administrativa de Suecia concluyó que la naturaleza de la sanción impuesta en *Volvo* era de carácter penal, y por tanto, aplicable en el procedimiento sancionador, el principio de presunción de inocencia.

El órgano llegó a dicha conclusión luego de haber enfatizado que los legitimados pasivos previstos en la norma que impone la sanción objeto del litigio, son las personas en su carácter de contribuyentes y por ende, dirigida a un grupo generalizado de la población. Asimismo consideró especialmente la circunstancia de que, con anterioridad al sistema administrativo sancionatorio, el

⁶⁵ BURGORGUE LARSEN, Laurence, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Penal*, pág. 12 (Traducción revisada por Marta Muñoz de Morales Romero. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. UCLM).

⁶⁶ RegR 2000-12-15, RÅ 2000 ref. 66:1.

hecho era punible mediante un procedimiento penal, lo cual representaba un indicio más que suficiente para asignarle dicho carácter.

7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un puente hacia los Estados Americanos

La consagración absoluta de la ***doctrina Engel***, como un criterio de validez universal dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador, se dio como consecuencia de su recepción por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH"), en su carácter de pauta interpretativa para el análisis de la naturaleza de una sanción administrativa bajo la lupa del art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, "CADH").

Si bien la Corte IDH ya había reconocido la aplicación de las garantías del art. 8.2 de la CADH al procedimiento administrativo en la ***O.C. – 11/90***⁶⁷, no fue hasta la sentencia ***Baena***⁶⁸, en que la Corte reconoció en un caso contencioso que ***"el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a (...) la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes"***⁶⁹.

Es decir, en una interpretación amplia, la Corte IDH reconoce la aplicación de los arts. 8.1 y 8.2 en el ámbito de todo procedimiento administrativo, tanto los sancionatorios como los de mera gestión.

En el caso concreto, se discutió la naturaleza de las cesantías aplicadas a 270 trabajadores del Congreso del Estado de Panamá y el carácter de los

⁶⁷ Corte IDH, ***O.C.- 11/90***, 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11 apartado 28.

⁶⁸ Corte IDH, ***Baena Ricardo y otros v. Panama***, sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

⁶⁹ Idem, apartado 125.

procedimientos instituidos para aplicar dichas sanciones. La labor primordial de la Corte IDH fue examinar si las garantías del debido proceso del art. 8.2 de la CADH, las cuales “*están claramente dirigidas a un procedimiento defensivo, como el juicio penal*”⁷⁰, rigen en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador.

Para ello, tras haber indagado sobre la condición de las sanciones administrativas, la Corte IDH acogió *la tesis de identidad sustancial*⁷¹ de los ilícitos administrativos y penales, en tanto ambos son manifestaciones del *ius punendi* estatal. En igual sentido que su par europea, la Corte IDH estableció que “*las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita*”⁷².

En tal contexto, la Corte receptó la jurisprudencia del TEDH y confirmó la utilización de la *doctrina Engel* para el análisis de las sanciones cuya naturaleza se razonó en el asunto *Baena*. Esta contribución implicó la primera oportunidad en que dicho criterio fue aplicado en un espacio de protección de derechos humanos extra europeo. Así, citando la sentencia *Albert and Le Compte* expresó que “*los principios enunciados en el párrafo 2 (art. 6-2) y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se aplican mutatis mutandis a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (art. 6-1) de la misma forma en que*

⁷⁰ MACHADO ARIAS, Juan Pedro, *El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en *Procedimiento y Justicia Administrativa en America Latina*, Ciudad de Mexico, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pág. 150.

⁷¹ BAJO FERNANDEZ, Miguel, *La unidad del derecho sancionador*.

⁷² Corte IDH, *Baena Ricardo y otros v. Panama*, Idem, apartado 106.

se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal"⁷³.

Posteriormente, toma una aclaración que realizó el TEDH en los fallos *Engel* y *Campbell and Fell*, referida a la denominación de la sanción en el sistema legal del Estado, reiterando que no podría permitirse dejar a la soberana voluntad del Estado que mediante una mera clasificación normativa, de una sanción como no penal, se permita excluir la aplicación de las garantías procesales del art. 8 de la CADH⁷⁴.

Con posterioridad, la Corte IDH en *López Mendoza*⁷⁵ tuvo oportunidad de referirse sobre la naturaleza de las sanciones administrativas aplicadas en materia electoral, ocasión en la cual confirmó la doctrina de la sentencia *Baena* en dicho ámbito, lo cual supone una ampliación en el ámbito de aplicación de las garantías judiciales del art. 8 de la CADH en los procedimientos administrativos sancionadores.

8. Conclusiones

El Sistema de Protección Multinivel de los Derechos Humanos en Europa es una consecuencia lógica de la coexistencia de tres subsistemas normativos interrelacionados – nacional, comunitario e internacional – que encuentran su razón de ser en su función de protección al individuo. Es producto de un desarrollo histórico en el cual, la labor jurisprudencial de los máximos tribunales judiciales de cada ámbito, han tenido una labor esencial en la constitución de este **sistema de normas que han configurado una verdadera "comunidad de derechos fundamentales"**⁷⁶, contribuyendo sin lugar a dudas, a la creación de una red de

⁷³ Idem, apartado 128.

⁷⁴ Idem, apartado 129.

⁷⁵ Corte IDH. *Lopez Mendoza v. Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, apartado 111.

⁷⁶ KOZTUR, Markus, *Los Derechos Fundamentales en Europa*, ReDCE. Año 6 N° 12, julio-diciembre/2009, pág. 74.

protección, que garantiza efectivamente la tutela de los derechos fundamentales, *“de una densidad nunca antes vista en Europa”*⁷⁷.

La jurisprudencia del TEDH ha sido caracterizada por el Tribunal Constitucional español⁷⁸ como un *“denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo.”* El TJCE, por su parte en las sentencias *Rutili*⁷⁹ y *Baustahlgewebe*⁸⁰, ha reconocido como fuente de los principios generales del derecho comunitario al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tal es así, que en la actualidad es posible encontrar dentro del ordenamiento jurídico comunitario, previsiones legales como el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea (“TUE”), según el cual *“los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”*. Además, el art. 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales establece que *“en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”*.

Sin perjuicio de la existencia de dichas normas es pertinente la aclaración efectuada por el TJUE en *Schindler*, al establecer que el Convenio Europeo aun *“no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión”*⁸¹. La aclaración es importante teniendo en cuenta que aún no se ha efectivizado la adhesión de la

⁷⁷ LANDAU, Herbert, *El sistema europeo a varios niveles*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XVIII. pág. 320.

⁷⁸ TC España. Declaración del pleno N° 1/2004.

⁷⁹ TJCE, *Rutili*, asunto 36/75, sentencia de 28 de octubre de 1975.

⁸⁰ TJCE, *Baustahlgewebe GmbH*, Idem.

⁸¹ TJUE, *Schindler*, Idem, apartado 32.

Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos prevista en el art. 6.2 del TUE, pero como bien marca la sentencia del Tribunal Constitucional checo sobre el Tratado de Lisboa, cuando ello ocurra *“las instituciones de la Unión, incluido hoy el TJUE, pasaran a ser sujetos de control por parte del TEDH lo que reforzará la conformidad mutua de ambos sistemas de protección de derechos humanos”*⁸².

La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin lugar a dudas se constituye como un paso adelante en la consolidación del Sistema de Protección Multinivel europeo, en tanto *“al atribuirle expresamente a la UE la competencia para poder ser parte del CEDH se refuerza la protección de los derechos fundamentales. Ello autoriza a la UE a someterse a un sistema internacional de control el cual, al menos hasta hoy, le resulta directamente ajeno”*⁸³

Es interesante analizar la cuestión de la adhesión de la UE al CEDH en el marco de la aplicación de las garantías del art. 6 del CEDH a los procedimientos administrativos sancionadores, en virtud de la vasta jurisprudencia que consolidó la *doctrina Engel*, desde la perspectiva de la Comisión como el órgano administrativo por excelencia de la Unión.

La Comisión posee inherentemente a su función administrativa, las facultades de ordenamiento, control y fiscalización, atribuidas por el Derecho de la Unión, lo que implica estar autorizada para castigar y sancionar ciertas conductas ilícitas de los administrados, como por ejemplo las multas por violación a las disposiciones relativas al derecho de la competencia (prácticas colusorias, abuso de posición dominante, competencia desleal, entre otras).

⁸² Tribunal Constitucional de la República Checa. Tratado de Lisboa I. N° 19/08 sentencia de 26 de noviembre de 2008.

⁸³ PIZZOLO, Calógero, *Derecho e integración regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*, 1° ed, Buenos Aires, Ediar, 2010, pág. 649.

La capacidad de atribuirle a los órganos administrativos facultades materialmente jurisdiccionales fue reconocida tanto por el TEDH (*Menarini*) como por el TJUE (*Schindler y Kone*), siempre y cuando, se prevea un control judicial amplio sobre las decisiones de la administración. En cuanto al fundamento para la habilitación del ejercicio de dichas funciones, la doctrina es unánime en reconocer que son necesarias para la actuación útil y eficaz de la administración.

Es en este contexto donde considero que la homogeneización de criterios en materia de garantías procedimentales, deja de ser una mera expresión de deseos, para pasar a ser una verdadera necesidad para dar coherencia a un Sistema de Protección.

En tal sentido, Schmidt – Assmann afirma que *“los derechos fundamentales abarcan un ámbito de protección en el que se incluyen garantías procedimentales. La finalidad de protección jurídica que tienen los derechos fundamentales afecta a la legislación ordinaria reguladora del procedimiento”*⁸⁴. Asimismo, agrega que la base para el desarrollo del derecho administrativo europeo debe provenir del *“establecimiento de estándares comunes de protección, que deben regir en la actuación administrativa en todos los niveles.”*⁸⁵.

Como se ha visto, la jurisprudencia heterogénea del TJUE en esta materia ha constituido una afrenta a los criterios elaborados por el TEDH, los cuales son aplicados de manera selectiva sin seguir una línea coherente (al respecto, ver la sentencia *Schindler* y la decisión prejudicial *Bonda*). Esta situación, configurada una vez que la UE forme parte efectivamente del CEDH, podría amenazar la coherencia que precisa todo sistema para su correcto y normal funcionamiento y afectar negativamente en los intereses de los individuos.

⁸⁴ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, 2º ed, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 363.

⁸⁵ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard, *Idem*, pág. 410.

No obstante la existencia de criterios divergentes, "*la relación de tensión triangular entre los tribunales constitucionales de los Estados Miembros, el TJUE y el TEDH debería poder ser resuelta idealmente mediante la cooperación*"⁸⁶. Para Landau, la resolución de conflictos entre órganos se "*basa en el dialogo y la cooperación de los tribunales, entendiéndose el dialogo no como una sumisión en una jerarquía de tribunales, sino como un acercamiento y una inspiración dogmática mutua entre las jurisprudencias*"⁸⁷. En idéntico sentido García Roca afirma que "*la idea de diálogo judicial es un instrumento flexible y ambiguo, y, precisamente por ello, muy útil para organizar un trabajo en red en este escenario de pluralismo constitucional*"⁸⁸.

Por otra parte, el ámbito comunitario no fue el único donde la *doctrina Engel* ha ejercido una influencia determinante, como se ha destacado previamente ha tenido peso en la jurisprudencia de distintos órganos nacionales como por ejemplo el *Regeringsrätten* sueco, el *Conseil d'Etat* francés y el *Tribunal Constitucional* español.

Sin embargo, entiendo que uno de los aportes más significativos que se han establecido en favor de la aplicación de la *doctrina Engel*, fue el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Baena*, la cual permitió tender un puente hacia la aplicación de dicha doctrina a los Estados americanos. Tal fue el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el fallo *Losicer c. BCRA* del año 2012⁸⁹, en el cual se dictaminó la aplicación la doctrina creada por la Corte IDH en el asunto *Baena*, con especial referencia a que la misma receptó numerosos precedentes jurisprudenciales de su par europeo.

En tal sentido y por último, es de destacar la opinión del doctrinario alemán Eberhard Schmidt – Assmann, quien casi de manera profética en 2003

⁸⁶ KOZTUR, Markus, Idem, pág. 77.

⁸⁷ LANDAU, Herbert, Idem, pág. 320.

⁸⁸ GARCIA ROCA, Javier, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, págs. 183-224.

⁸⁹ CSJN, *Losicer Jorge Alberto y otros c. BCRA*, sentencia de 26 de junio de 2012.

aseveró que *“el Derecho Internacional convencional irá aumentando progresivamente su importancia como fuente de vinculación a la administración”*⁹⁰.

⁹⁰ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard, Idem, pág. 59.

SOBRE EL «TIPO SUPRANACIONAL» Y EL «TIPO INTERGUBERNAMENTAL» EN MATERIA DE INTEGRACIÓN REGIONAL¹

Sara Patricia ALVEAR PEÑA

Sumario

1. Los Procesos de Integración. - 2. De la Integración Supranacional y sus características: 2.1. Integración Supranacional y el ejercicio de la soberanía nacional en estos procesos. - 2.2. Características. - 3. Integración Intergubernamental y sus características. - 4. Análisis Comparativo con las características reconocidas al **derecho del Mercosur por el Protocolo de "Ouro Preto"**. **En particular, concéntrese en la distinción entre tipo de integración supranacional e intergubernamental.** - 5. Conclusiones. - 6. Bibliografía y fuentes.

§

1. Los Procesos de Integración.

Los procesos de integración, nacen como una nueva opción de unión de los Estados en un mundo moderno y globalizado, donde la interdependencia de uno con otro, es cada vez mayor, como mayor es la necesidad de su unión en bloques regionales para consolidar mejores ventajas conjuntas en los procesos negociación frente a otros bloques que han optado por esta misma forma sui generis de integración. La integración pueden realizarse bajo diferentes formas, los que en función de la **"autonomía de los órganos facilitadores"**,² pueden clasificarse en **"supranacionales y la de cooperación o colaboración o intergubernamentales,"**³ Un

¹ Trabajo final presentado en el curso de doctorado intensivo sobre "Derecho de la Integración".

² SALGADO, Oswaldo, *El ABC del Derecho para la Integración, el Surco de la Neo - Integración, EDISLAT, EDICIONES Y DISTRIBUCIONES LATINOAMERICANCAS*, Cuenca, Ecuador, 2010, págs. 67 y 68.

³ Idem, págs. 67 y 68.

Ejemplo del tipo supranacional es la Unión Europea (UE), o la Comunidad Andina de Naciones (CAN); y de intergubernamental el MERCOSUR.

La primera, tiene instituciones de integración autónomas y sus decisiones son vinculantes y obligatorias para los estados miembros; nacen de un proceso comunitario de naturaleza supranacional, que trascienden las fronteras de los estados miembros,⁴ los que ejercen su soberanía distanciándose del criterio de soberanía clásica y nacionalista.

La segunda, tienen órganos de cooperación o colaboración con competencias supranacional, y están limitados a la autorización de las autoridades de los países que representan,⁵ sin que opere la cesión de competencias o atribuciones.

Para Susana Czar de Zalduendo, Integración es un **"proceso, pero se sostiene también en una situación resultante de él,"**⁶ y dependiendo de la materia que abarque, puede ser **"política, social o económica"**.⁷ Sus fuentes son, el derecho originario o de constitución y el derecho derivado o secundario, que reciben el nombre de decisiones, directivas, resoluciones, reglamentos entre otros⁸. Para esta autora, el derecho de integración abarca: **"la institucionalidad de los esquemas; el ordenamiento jurídico que regula su funcionamiento y la solución de controversias."**⁹

En la estructura institucional, se aborda la naturaleza y funciones del órgano de integración¹⁰. Frente a ello, veremos a lo largo de este trabajo, que la naturaleza de integración puede ser supranacional y de cooperación o

⁴ Idem, pág. 67.

⁵ SALGADO, Oswaldo, *El ABC del Derecho para la Integración, el Surco de la Neo – Integración, EDISLAT, EDICIONES Y DISTRIBUCIONES LATINOAMERICANCAS*, Cuenca, Ecuador, 2010, pág. 67.

⁶ CZAR DE ZALDUENDO, Susana y NEGRO, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración*, Manual, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013. pág. 4.

⁷ Idem, pág. 5.

⁸ Idem, págs. 27 a 28.

⁹ Idem, pág. 29.

¹⁰ Idem, págs. 31 y 32.

intergubernamental; hecho del que deriva problemas diferentes en el ejercicio de la soberanía de los estados miembros; y en sus efectos en los ordenamientos jurídicos tanto a nivel de integración como nacional de los Estados parte.

En el ordenamiento jurídico integracionista, como se dijo ya, se verá la incidencia en cada estructura del derecho originario o constitutivo y de derecho derivado. Finalmente, en el sistema de solución de controversias, se observa los mecanismos de solución de diferencias entre los Estados generalmente a través de los mecanismos de arbitraje.¹¹ Con el fin de dar cumplimiento a este trabajo, abordaremos sumariamente las diferencias institucionales entre el modelo de integración supranacional con el intergubernamental, como las connotaciones y efectos derivados de su naturaleza constitutiva.

2. De la Integración Supranacional y sus características.

2.1. Integración Supranacional y el ejercicio de la soberanía nacional en estos procesos

Previo a establecer las diferencias y características del modelo supranacional, es importante establecer la trascendencia y centralidad que tiene en los procesos de integración el ejercicio de la soberanía de los Estados miembros¹².

Abordando este tema, el tratadista, César Montaña, al hablar sobre los problemas constitucionales de la integración supranacional, a los que no escapa el modelo europeo, ilustra sobre la evolución del concepto clásico de soberanía, identificándolo como un **"término histórico y controvertible"**¹³, por cuanto el ejercicio de la soberanía del Estado en un proceso de integración, no es el mismo que el que se concebía en el nacimiento de los Estados centrales modernos. Conceptualización, clara que evidencia que existe mayor conflicto y problema el ejercicio de la soberanía

¹¹ Idem, pág. 32.

¹² MONTAÑO, César, *Problemas Constitucionales de la Integración*, Editorial Porrúa, México, México 2013, pág. 109.

¹³ Idem, pág. 104.

de los Estados miembros, en los procesos de integración supranacional, donde los Estados, se auto limitan al cumplimiento de la normativa supranacional emanadas de las instituciones públicas creadas por el proceso de integración, que tienen fuerza de aplicación directa e inmediata en los Estados que lo integran, como veremos más adelante al analizar cada una de sus características.

Montaño, señala que *la "soberanía del Estado y el ejercicio de competencias por parte de las organizaciones supranacionales"*¹⁴, aplicadas a procesos como el de la UE, y la CAN, demuestran que el papel internacional de los Estados y la globalización, marcan necesariamente un cambio en el concepto clásico de soberanía, distanciándolo del período conceptual de soberanía tradicional, -que yo lo llamaría de *autismo y aislamiento*,- imposible de defender en nuestros tiempos, donde, como lo señala Montaño, la necesidad de la construcción de agendas regionales, es una realidad, y esto lleva a la evolución de la *Teoría del Estado en su nueva relación con otros Estados*¹⁵ pues *"los Estados – Nación, surgidos en la matriz decimonónica han llegado al final del siglo XX con un cuestionamiento de fondo a sus principios de territorialidad, soberanía y pretendida unidad étnica y cultural"*¹⁶.

Montaño, funda su tesis de evolución y cambio histórico del concepto de soberanía, al analizar las definiciones de Jean Bodino, Hobbes, Locke, Rousseau, estableciendo una diferencia entre la soberanía en un estado central y el federal; pasando luego una revisión por la definición de Herman Heller, (a su decir marca la posición moderna de soberanía), la concepción de Kelsen, de Jean Víctor Luis¹⁷ (de la que se distancia), hasta llegar, a defender con claridad que el problema de soberanía frente a procesos de integración *"puede abordarse desde dos vertientes, la una, concerniente al interés teórico o dogmático, y la otra, inherente al despliegue práctico de acciones por parte de los estados en un contexto de creciente interdependencia, en*

¹⁴ Idem, pág. 104.

¹⁵ Idem, pág. 104.

¹⁶ Idem, pág. 104.

¹⁷ Idem, págs. 104 a 108.

donde existe pluralidad de soberanías interactuando entre ellas y, un orden jurídico novedoso, aunque problemático al mismo tiempo, para el Estado constitucional.”¹⁸

El autor, sostiene que al momento el problema de la soberanía en la integración, no es un tema de cesión de competencias originarias de un Estado, y se distancia de la tesis de la soberanía dividida; y, acogiendo el pensamiento de Noemí García Gestoso, señala que la soberanía en integración debe ser entendida **como soberanía ejercida en común o de un pool de soberanías**, pues la soberanía dividida perdería su sentido en sí mismo.¹⁹ Su planteo, refiere una reflexión sobre la necesidad de entender la soberanía desde un plano de modernidad y racionalidad donde la soberanía estatal y la teoría del estado, se vislumbra acorde a los nuevos tiempos y retos, superando así el concepto de una cesión de competencias²⁰.

Es importante señalar que en este punto, Montañó, recoge el análisis del profesor, Calogero Pizzolo, cuando manifiesta:

“Del razonamiento precedente deviene que la noción de soberanía para la modernidad *“mantiene su carácter indivisible –sólo el pueblo es su titular- pero ahora se acepta que los poderes que la explican pueden ser delegados o atribuidos a diferentes instancias de orden público”* (cita 57, Pizzolo, Calogero, Globalización e Integración, Ensayo de una Teoría General, págs. 208 y 209; y señala: **este autor, refiere además que dos atributos clásicos que componen la titularidad de la soberanía son el Jus Legationen o capacidad que posee un Estado con libertad si mantiene o no relaciones con los demás soberanos, y el Jus tratadum, o la capacidad que posee un Estado de crear junto con los demás soberanos las normas jurídicas que regularán esas relaciones (pág. 210).”²¹**

¹⁸ Idem, pág. 108.

¹⁹ Idem, págs. 111, 112 y 113.

²⁰ Idem, pág. 108 y 109.

²¹ Idem, pág. 108.

Al tratar sobre la soberanía y la supranacionalidad, Montañó, señala que la soberanía en procesos de integración supranacional, debe ser abordada en dos momentos: *el primero, cuando el Estado soberanamente decide integrarse y decide desprenderse temporalmente de un cúmulo de atribuciones o poderes, que en adelante serán ejercidas por órganos o instituciones comunes; y el segundo, cuando al verificarse el despliegue de los poderes supranacionales mediante la adopción de políticas o de normas jurídicas compartidas, los estados, quedan compelidos a su cumplimiento, quedando auto limados en sus capacidades de acción administrativa y regulatoria. Por virtud de la integración comunitaria el Estado nacional queda sometido al nuevo ordenamiento jurídico supranacional, tanto como sus ciudadanos y personas jurídicas*²².

Para Montañó, el concepto de soberanía moderno, en un proceso de integración supranacional no viene siendo afectado sustancialmente, sino que el problema de fondo, es entender la nueva realidad que enfrentamos y rediseñar el canon constitucional idóneo para soportar procesos de integración fuertes.²³ Según este autor, los tribunales comunitarios, argumentan sobre la limitación de soberanía que experimentan los Estados miembros, para probar de paso las cuestiones prácticas como la primacía y la eficacia directa del derecho comunitario, respecto de los ordenamientos jurídicos estatales.²⁴

Su pensamiento, induce a reflexionar sobre la readecuación conceptual del concepto de soberanía y el ejercicio constitucional de los Estados miembros, que para él se encuentran en interdependencia y no merma en el proceso de integración²⁵. Este planteo y el debate que analiza, evidencia que el proceso de integración supranacional, es de mayor complejidad, incidencia jurídica y compromiso político

²² Idem, págs. 109 y 110.

²³ Idem, pág. 110.

²⁴ Idem, pág. 111. El criterio dado por Montañó, coincide con los criterios jurisprudenciales de la UE, remitidos vía email, por el Profesor Pizzolo y explicados en clase.

²⁵ Idem, pág. 113.

que el requerido en el proceso de integración intergubernamental y que la relación entre las soberanías nacionales y la integración, es más álgido, por la estructura institucional de los organismos de integración supranacional creados, que generan normas y sistemas jurídicos propios a través del derecho derivado o comunitario, constituyendo una vinculación jurídica/política más fuerte entre los estados miembros, de allí nacen sus características de *primacía, efecto directo e incorporación automática del derecho comunitario, que tiene características propias y diferentes a la del derecho intergubernamental.*

2.2. Características

La estructura institucional de los procesos de integración supranacional, como podemos observar en la Unión Europea, son más complejos que los procesos de cooperación o intergubernamentales, sus objetivos pretenden el cumplimiento de los fines fundacionales del proceso de integración más que de las instrucciones individuales de los estados miembros. Siendo su propósito la construcción y consolidación del proceso de integración real de sus estados parte.

Como manifiesta el profesor Pizzolo, la estructura supranacional, tiene una *estructura funcional propia que la contiene*²⁶. Al referirse a la estructura institucional de la UE, luego del tratado de Lisboa, señala las modificaciones que ha tenido desde su creación, pero manifiesta la importancia de la Asamblea y el Tribunal de Justicia, resaltando que en la redacción del TUE, establece con claridad el principio de atribución de competencias, y la nueva estructura institucional, consolidada²⁷ Estos órganos tienen competencias y atribuciones por sobre los estados miembros, por ello su ordenamiento jurídico y sus pronunciamientos se superponen sobre la normativa interna y son de obligatoria aplicación para los Estados miembros.

²⁶ PIZZOLO, Calógero, *Derecho de Integración Regional, Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea*, Buenos Aires, Argentina, 2010. pág. 389.

²⁷ Idem, págs. 398 a 478.

La estructura funcional supranacional, de la Unión Europea, como lo señala Sandra C. Negro, en su artículo titulado Unión Europea, publicado como capítulo IX de la obra Derecho de la Integración, Manual, se lo puede representar gráficamente “*en forma sintética*”,²⁸ de la siguiente manera:

Institución /Órgano	Funciones	Sede/ Sedes
Consejo Europeo	Define las orientaciones y prioridades políticas	Bruselas o en el país, que ejerce la presidencia del Consejo
Consejo	Decide las políticas adopta la legislación.	Bruselas y Luxemburgo
Comisión	Es la única dotada de iniciativa legislativa. Además supervisa el cumplimiento de los acuerdos.	Bruselas
Parlamento	Participa en el proceso de adopción normativa. Aprueba el presupuesto de la UE junto con el Consejo.	Estrasburgo, Bruselas y Luxemburgo
Tribunal de Justicia	Emite sentencias y dictámenes	Luxemburgo
Tribunal de Cuentas	Controla y supervisa de la gestión presupuestaria y financiera de la UE.	Luxemburgo
Banco Central Europeo	Gestiona el euro y la política monetaria del euro	Frankfurt
Comité Económico y Social Europeo	Órgano consultivo que participa en el procedimiento de toma de decisiones representando a la sociedad civil	Bruselas
Comité de Regiones	Órgano consultivo que participa en el procedimiento de toma de decisiones representando a las ciudades y regiones de Europa	Bruselas

²⁸ Ver NEGRO, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración*, Manual, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013. Estudio sobre la Unión Europea, punto III de la Estructura Institucional de la Unión Europea. págs. 277 a 298.

Banco Europeo de Inversiones	Financiar a largo plazo las inversiones en proyectos europeos en particular que apoyen objetivos de la UE.	Luxemburgo
Defensor del Pueblo Europeo	Investiga la administración y conducta de las instituciones en caso de denuncias	Estrasburgo (existen oficinas en los Estados miembro)
Supervisor Europeo de protección de Datos.	Supervigilar y asesorar acerca de la protección de datos personales pro las instituciones y organismos de la UE.	Bruselas

Fuente: Cuadro explicativo de Sandra C. Negro, artículo Unión Europea, marzo 2013²⁹.

*“La estructura institucional supranacional posee notable autonomía para su accionar, esto añadido a los poderes que le han sido atribuidos por parte de los estados miembros, le permite condicionar o limitar al poder estatal... y sancionar el incumplimiento del ordenamiento jurídico que emana”.*³⁰ El profesor Calogero Pizzolo, al tratar sobre la Institución comunitaria supranacional, dice que esta *“no posee las características de un Estado, pero ejerce y detenta ciertos poderes soberanos”*³¹, tales como la producción normativa y la sanción por incumplimiento, entre otras. Y continúa Pizzolo, al citar a Iglesias Buhigues, que la estructura funcional supranacional, que tiene *“un auténtico poder comunitario”*³² y al referir a Mangas Martín acuña el criterio de que es un *“poder autónomo que no compite ni concurre con el nacional”*³³

Las organizaciones supranacionales, como la UE, *“cuentan con poderes normativos y ejecutivos propios,”*³⁴ crean DERECHO, un ordenamiento jurídico

²⁹ Idem, págs. 278 y 279.

³⁰ MONTAÑO, César, *Problemas Constitucionales de la Integración*, Editorial Porrúa, México, México 2013, pág. 71.

³¹ PIZZOLO, Calógero, *Derecho de Integración Regional*, Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea, Buenos Aires, Argentina, 2010. pág. 391.

³² Idem, pág. 394.

³³ Idem, pág. 394.

³⁴ Idem, pág. 396.

novedoso, autónomo, con sus propias características y principios, denominado Derecho Comunitario, distinto al Derecho Internacional, cuyo máximo exponente ha sido el Derecho de Integración Europea, el que goza de principios inherentes a su naturaleza de supranacional.³⁵ Por ello, los efectos del ordenamiento jurídico propio de los procesos de integración supranacional, que son el derecho comunitario originario, primario o fundacional y el derecho comunitario derivado o secundario,³⁶ que tienen características jurídicas únicas y propias que son:

a) Primacía del Derecho Comunitario.- Las institucionales supranacionales tienen atribución de crear un ordenamiento jurídico propio, sobre diversas disciplinas que interesa a la comunidad, fijados en los tratados fundacionales,³⁷ a la cual los estados miembros tienen la obligación de armonizar su legislación interna, en caso de contradicción, prima el derecho comunitario sobre el nacional. Es decir el derecho comunitario tiene prevalencia sobre la ley nacional, o como dice, Salgado, significa que la "*norma comunitaria tiene prelación o preferencia sobre la norma interna del país integrante o parte*".³⁸

b) Efecto Directo o Eficacia Directa.- El derecho comunitario, una vez promulgado por las instituciones supranacionales de integración, tiene eficacia directa sobre las instituciones y los ciudadanos de los estados miembros³⁹, sin que pueda cuestionarse disposición estatal alguna. La eficacia directa del derecho comunitario, se da a partir de su entrada en vigor en territorio

³⁵ MONTAÑO, César, *Problemas Constitucionales de la Integración*, Editorial Porrúa, México, México 2013, págs. 77 y 78.

³⁶ Idem, pág. 79.

³⁷ Idem, pág. 77.

³⁸ SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob, cit. pág. 102.

³⁹ Idem, pág. 78.

comunitario, sin que para el efecto se requiera el ulterior aval del Estado miembro⁴⁰.

Las organizaciones supranacionales emanan disposiciones de derecho comunitario derivado, autónomas que tienen efectos directos en el ordenamiento jurídico nacional de los estados miembros. En otras palabras, y como expresa, Salgado, el efecto directo, implica que *"los derechos y obligaciones individuales que emanan del derecho comunitario o supranacional son directamente aplicables para los integrantes o ciudadanos entre ellos o de éstos con los países miembros, grupos o comunidades integrantes"*.⁴¹

c) Incorporación Automática del Derecho. Como se ha dicho anteriormente las instituciones supranacionales crean derecho, y una vez que el derecho originario o derecho fundacional, es aprobado por los parlamentos nacionales de los Estados Miembros, el derecho derivado o secundario, esto es las normas que dictan los organismos de carácter supranacional con potestad legislativa comunitaria, no requiere validación ni aprobación interna de los estados miembros, y por ello son de incorporación inmediata en los territorios de los estados miembros, desde su vigencia en el territorio comunitario.

Este principio, se deriva de la obligación de los Estados miembros de integrar a su ordenamiento jurídico interno las normas de derecho derivado, sin ningún otro trámite y con incorporación automática del derecho,⁴² sin que sea necesaria su introducción o exequátur,⁴³ en el ordenamiento interno, pues *"no se requiere de ninguna norma de carácter nacional para su incorporación"*⁴⁴

⁴⁰ Idem, pág. 78.

⁴¹ SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob. cit. pág. 102.

⁴² SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob. cit. pág. 95.

⁴³ SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob. cit. pág. 102.

⁴⁴ NEGRO, Sandra, *Derecho de Integración...* ob. cit. pág. 300.

3. Características del Derecho de Integración Intergubernamental

La estructura de las organizaciones intergubernamentales o de cooperación, son más limitadas⁴⁵ que las que se crean en los procesos supranacionales, y desarrollan su actividad con fines definidos en su creación, no comportando mayores incidencias en los poderes públicos internos de sus Estados miembros, que siempre votan en consenso sus decisiones y cumplimiento de los límites e instrucciones internas de los estados.

En estos procesos se crea lo que se ha denominado el derecho intergubernamental, en la *"cual sus normas facilitan aquellos procesos de integración, pero cuyos objetivos fundacionales lo hacen sin la autonomía plena (sin la supranacionalidad), son eminentemente de colaboración o cooperación plena, en donde las decisiones y acciones ejecutivas están condicionadas a la voluntad absoluta de los Estados miembros."*⁴⁶

Para Pizzolo, en esta forma de integración, "las relaciones internacionales se basan en la colaboración o coordinación entre Estados, donde no se imponen decisiones por el voto de la mayoría sino que todo se hace a través de acuerdos, a ser cumplidos en forma voluntaria por los países involucrados, *respetándose la soberanía de cada uno de ellos.*"⁴⁷

Para Salgado, las normas de integración intergubernamental, tienen independencia jurídica porque son nuevas, pero se diferencia del Derecho de Integración y del Derecho Internacional, en sus objetivos, fuentes, sujetos, principios rectores, métodos de interpretación, aplicación de normas y estructura de coordinación y de subordinación,⁴⁸ entendido siempre dentro de un marco funcional diferente y carente de autonomía supranacional. Sitúa al Derecho Intergubernamental

⁴⁵ MONTAÑO, Cesar, *Problemas constitucionales...* ob. cit. pág. 70.

⁴⁶ SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob. cit. pág. 96.

⁴⁷ PIZZOLO, Calógero, *Derecho de Integración...* ob cit. pág. 523.

⁴⁸ Idem, pág. 96.

como parte del Derecho Internacional Público, y dice que tiene por objeto regular asuntos especialmente económicos y comerciales, entre los estados miembros, sin ceder ni compartir su soberanía⁴⁹.

En esta clase de procesos, por la carencia de supranacionalidad y por la naturaleza de asociación o cooperación, las instituciones se caracterizan por estar *"manejadas directamente por los Estados mediante la fórmula de coordinación de soberanías nacionales cuyo fundamento reside en la convicción de la preeminencia de los intereses nacionales que se basan en una visión rígida de la soberanía misma"*⁵⁰. Por tanto y como enseña el profesor Pizzolo, sus características son:

"a) la primacía del interés nacional de cada uno de los Estados miembros.

b) la existencia de órganos de carácter diplomático.

*c) la emisión de resoluciones de carácter predominantemente recomendatorio o vinculante, únicamente en el caso que son adoptadas por unanimidad"*⁵¹

Por tanto, en este caso, no cesión de atribuciones –como diría Montaña– *"o competencia soberanas" a favor de las organizaciones que la integran.*"⁵² El Mercosur por tanto como expresión de un proceso de integración intergubernamental, se la cataloga como una *"organización internacional clásica"*⁵³

Al carecer por tanto de supranacionalidad el derecho de integración intergubernamental, no tiene primacía sobre el derecho interno, carece de aplicación directa e inmediata. En este punto cabe afirmar que el derecho para la integración

⁴⁹ Idem, pág. 99.

⁵⁰ Idem, págs. 526 y 527.

⁵¹ Idem, pág. 527.

⁵² Idem, pág. 527.

⁵³ Idem, pág. 527.

intergubernamental, es diferente al derecho comunitario o supranacional, entre otras cosas, por los efectos jurídicos que se derivan de los mismos.

4. Análisis Comparativo con las características reconocidas al derecho del Mercosur por el Protocolo de "Ouro Preto". En particular, concéntrese en la distinción entre tipo de integración supranacional e intergubernamental.

El Mercosur, nace con la suscripción del Tratado de Asunción (TA), el 26 de marzo de 1991, suscrito por Argentina, Brasil Paraguay y Uruguay⁵⁴, al momento se ha incorporado Venezuela como socio pleno⁵⁵. Entre sus principales objetivos y propósitos, encontramos:

- a) *La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos.*
- b) *El establecimiento del Arancel Externo Común;*
- c) *La coordinación de políticas macro económicas y sectoriales; y*
- d) *El compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para el fortalecimiento del proceso de integración.*⁵⁶

Conforme lo señala el Profesor Pizzolo, el Tratado de Asunción, concibió inicialmente al MERCOSUR, como un proyecto abierto e integrador,⁵⁷ se generó flexible, con el fin de ir acoplando este organismo a los procesos de cambio y evolución que implica la integración. Sus principios característicos fueron: gradualidad, flexibilidad y equilibrio.⁵⁸ Sin embargo, el Protocolo de Ouro Petro, es el protocolo complementario del Tratado de Asunción, en donde se establece la

⁵⁴ SALGADO, Oswaldo, el ABC... ob. cit. pág. 313.

⁵⁵ B, SCOTTI, Luciana y NEGRO, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración*, Manual, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013. pág. 66. La Autora en la pág. 68, señala que Bolivia en diciembre de 2006, y Ecuador, en el año 2011, solicitaron su incorporación como miembros del Mercosur.

⁵⁶ SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob. cit. Pág. 84.

⁵⁷ PIZZOLO, Calogero, *Derecho de Integración...* ob. cit. pág. 528.

⁵⁸ SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob. cit. pág. 315.

estructura funcional del MERCOSUR, el que le da un corte intergubernamental y clásico.

El Protocolo de Ouro Petro, POP, estableció la estructura organizacional intergubernamental siguiente:

- "a) Consejo del Mercado Común (CMC);*
- b) Grupo Mercado Común (GMC);*
- c) Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM);*
- d) Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);*
- e) Foro Consultivo Económico y Social (FCES); y*
- f) Secretaría Administrativa"⁵⁹*

El Mercosur, tiene un sistema de solución de controversias⁶⁰; sus órganos emiten opiniones consultivas, pero sin efectos vinculantes ni obligatorios;⁶¹ establece mecanismos de negociaciones directas entre los Estados parte;⁶² tiene un procedimiento arbitral;⁶³ reclamos de particulares por sanciones o aplicaciones de cualquier Estado parte, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, o del POP, y demás normativa de integración intergubernamental del Mercosur⁶⁴; finalmente tienen Tribunales Arbitrales Ad hoc, y un Tribunal Permanente de Revisión

⁵⁹ Idem, pág. 529. Ver también SALGADO, Oswaldo, *El ABC...* ob. cit. págs. 318 a 322, que coincide con la estructura señalada por el Profesor Pizzolo.

⁶⁰ Idem, pág. 323.

⁶¹ Idem, pág. 325.

⁶² Idem, págs. 327 a 328.

⁶³ Idem, págs. 329 a 335.

⁶⁴ Idem, págs. 335 a 337.

del MERCOSUR,⁶⁵ pero como foro de arbitraje, no como interpretador prejudicial de la normativa comunitaria como sucede en la UE.

La producción normativa del CMC; GMC; y, CCM, a diferencia del modelo supranacional, es de naturaleza intergubernamental, y por ello, no tiene las características ni los efectos señalados en el derecho comunitario, pues se encuentra marcado por la omnipresencia de los intereses nacionales de los Estados Cooperantes.⁶⁶ Como señala Pizzolo, en este caso, las normas originarias o derivadas no se introducen automáticamente en el ámbito interno de los Estados miembros – pues se ha regulado expresamente el proceso de incorporación- los que conservan intacta la soberanía propia de los Estados parte. Por tanto, en el Mercosur, ***"no se ha producido el acoplamiento automático entre el ordenamiento internacional y el ordenamiento interno de los Estados parte, típico de comunidades económicas supranacionales"***⁶⁷.

5. Conclusiones

Del estudio realizado, se evidencia, que si bien el modelo supranacional de la Unión Europea, UE, como el de cooperación o intergubernamental del MERCOSUR, son procesos de integración, sin embargo, mantienen diferencias derivadas desde su constitución misma, por cuanto el primer modelo, tiene una naturaleza jurídica supranacional, es decir está por sobre el Estado Nación, y el segundo es intergubernamental, es decir que nace de la necesidad de cooperación y asociación de Estados soberanos, que no ceden atribución ni soberanía alguna a ningún otro organismo supranacional.

La naturaleza jurídica constitutiva de cada una de estas formas de integración, marca las grandes diferencias entre ellas, que se expresan a través de distintos

⁶⁵ Idem, pág. 338.

⁶⁶ Idem, pág. 530.

⁶⁷ PIZZOLO, Calógero, *Derecho de Integración...* ob. cit. pág. 532. Tomada la cita de BIASCO, Emilio, *Federalismo y Mercosur, adaptación de las Constituciones al Mercosur* en *Derecho Administrativo* (Homenaje a Miguel S. Marienhoff), Lexis Nexis, Abeledo, Perrot, 1998. Parágrafos VI y VII.

modelos estructurales, que conlleva, en el modelo supranacional, a diferentes formas de ejercicio de la soberanía de los estados parte frente al organismo de integración por la cesión de atribuciones o competencias soberanas a favor de los mismos; lo que a su vez, produce efectos jurídicos diferentes tanto en la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, -el comunitario- como respecto de los efectos que éste tiene en el ordenamiento jurídico interno de cada país miembro.

De lo expuesto, es evidente, que en el sistema de integración supranacional, la cesión de atribuciones de soberanía al órgano supranacional, produce la primacía de la normativa comunitaria sobre el derecho interno; su efecto directo y aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico vigente, mientras que en el sistema de integración intergubernamental, al no existir cesión de atribuciones o competencias de soberanía, y preexiste el interés nacional sobre el comunitario; las normas comunitarias derivadas de integración intergubernamental, no tienen preeminencia sobre el derecho interno de los Estado parte; carecen de efecto directo y aplicación inmediata; siendo vinculantes, pero no obligatorias, solo aquellas decisiones que se voten por unanimidad.

Las diferencias entre los dos procesos, no significa que uno sea mejor o peor que el otro, sino solamente que son procesos distintos de alta importancia para la construcción y consolidación de procesos de unión e integración entre pueblos y naciones, en un mundo donde las relaciones internacionales actuales, evidencian la interdependencia entre los Estados y la necesidad de la constitución de bloques regionales para fomentar uniones favorables que mejoren de alguna forma las condiciones de vida de los ciudadanos de los Estados miembros.

6. Bibliografía y fuentes

PIZZOLO, Calógero, *Derecho e Integración Regional, Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Union Europea*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2010.

MONTAÑO, César, *Problemas Constitucionales de la Integración*, Editorial Porrúa, México, México 2013.

SALGADO, Oswaldo, *El ABC del Derecho para la Integración, el Surco de la Neo – Integración*, EDISLAT, EDICIONES Y DISTRIBUCIONES LATINOAMERICANAS, Cuenca, Ecuador, 2010.

CZAR DE ZALDUENDO, Susana y NEGRO, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración, Manual*, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013.

B, SCOTTI, Luciana y NEGRO, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración, Manual*, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013.

NEGRO, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración, Manual*, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013.

<http://www.rau.edu.uy/mercosur/opretosp.htm>.



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

TABLA DE CONTENIDOS	
Voces ordenadas alfabéticamente	
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	Protección de los datos personales
Competencia	Protección del medio ambiente
Libre circulación de personas y derecho de residencia	Recurso de casación
Petición de decisión prejudicial	Régimen de asilo europeo común
Política Agraria Común (PAC)	Seguros
Política exterior y de seguridad común	Servicios
Política social	Tutela judicial
Protección de los consumidores	



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

VOZ	FECHA	Nr. CASO	PARTES	ÍNDICE ANALÍTICO
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	22/10/13	C 276/12	Jiří Sabou contra Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu.	Directiva 77/799/CEE – Asistencia mutua de las autoridades de los Estados miembros en materia de impuestos directos – Intercambio de información previa solicitud – Procedimiento tributario – Derechos fundamentales – Alcance limitado de las obligaciones del Estado miembro requirente y del Estado miembro requerido frente al contribuyente – Inexistencia de obligación de informar al contribuyente acerca de la solicitud de asistencia – Inexistencia de obligación de invitar al contribuyente a participar en el examen de testigos – Derecho del contribuyente a cuestionar la información intercambiada – Contenido mínimo de la información intercambiada
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	12/12/13	C 532/12	Dirextra Alta Formazione srl contra Regione Puglia.	Procedimiento prejudicial – Libre prestación de servicios – Subvenciones públicas, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, en favor de los estudiantes matriculados en cursos de especialización de postgrado – Norma regional que tiene por objeto la mejora del nivel local de formación y que somete la concesión de las becas a requisitos exigidos a los centros que organizan los estudios de postgrado – Requisito de experiencia de diez años ininterrumpidos.
Competencia	19/12/13	Asuntos acumulados C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P.	Siemens AG (C-239/11 P), Mitsubishi Electric Corp. (C-489/11 P) y Toshiba Corp. (C-498/11 P) contra Comisión Europea.	
Libre circulación de personas y derecho de	19/09/13	C 140/12	Pensionsversicherungsanstalt contra Peter Brey.	Libre circulación de personas– Ciudadanía de la Unión – Directiva 2004/38/CE – Derecho de residencia por más de tres meses – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Persona que



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

residencia

ha dejado de tener la condición de trabajador – Titular de una pensión de vejez – Condición de recursos suficientes para no **convertirse en una carga para el "sistema de asistencia social" del Estado miembro de acogida** – Solicitud de una prestación especial en metálico no contributiva – Suplemento compensatorio destinado a completar la pensión de vejez – Reglamento (CE) n° 883/2004 – Artículos 3, apartado 2, y 70 – Competencia del Estado miembro de residencia – Requisitos para su concesión – Derecho de residencia legal en el territorio nacional – Conformidad con el Derecho de la Unión»

**Libre
circulación de
personas y
derecho de
residencia**

24/10/13 C 220/12 Andreas
Ingemar Thiele
Meneses contra
Region
Hannover.

Ciudadanía de la Unión - Artículos 20 TFUE y 21 TFUE - Derecho de libre circulación y de residencia - Nacional de un Estado miembro - Estudios cursados en otro Estado miembro - Concesión de una ayuda a la formación - Requisito de domicilio permanente - Ubicación del lugar de formación en el Estado del domicilio del solicitante o en un Estado limítrofe - Excepción limitada - Circunstancias particulares del solicitante.

**Libre
circulación de
personas y
derecho de
residencia**

24/10/13 C 275/12 Samantha
Elrick contra
Bezirksregierun
g Köln.

Ciudadanía de la Unión - Artículos 20 TFUE y 21 TFUE - Derecho de libre circulación y de residencia - Nacional de un Estado miembro - Estudios cursados en otro Estado miembro - Ayuda a la formación - Requisitos - Duración de la formación no inferior a dos años - Obtención de un título profesional.

**Libre
circulación de
personas y
derecho de
residencia**

10/10/13 C 86/12 Adzo Domenyo
Alokpa y otros
contra Ministre
du Travail, de
l'Emploi et de
l'Immigration.

Artículos 20 TFUE y 21 TFUE - Directiva 2004/38/CE - Derecho de residencia de un nacional de un tercer país ascendiente directo de ciudadanos de la Unión de corta edad - Ciudadanos de la Unión nacidos en un Estado miembro distinto de aquel del que



Tribunal de Justicia

Índice analítico de jurisprudencia

Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

tienen la nacionalidad y que no han ejercido su derecho a la libre circulación - Derechos fundamentales.

Petición de decisión prejudicial	17/10/13	C-101/12.	Herbert Schaible contra Land Baden-Württemberg.	Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Stuttgart - Alemania. Procedimiento prejudicial - Agricultura - Reglamento (CE) n° 21/2004 - Sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina - Obligación de identificación individual electrónica - Obligación de llevar un registro de explotación - Validez - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Libertad de empresa - Proporcionalidad - Igualdad de trato.
Política Agraria Común	3/10/13	C-298/12.	Confédération paysanne contra Ministre de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche.	Política agrícola común - Régimen de pago único - Reglamento (CE) n° 1782/2003 - Cálculo de los derechos de ayuda - Fijación del importe de referencia - Período de referencia - Artículo 40, apartados 1, 2 y 5 - Circunstancias excepcionales - Agricultores sujetos a compromisos agroambientales con arreglo al Reglamento (CEE) n° 2078/92 y al Reglamento (CE) n° 1257/1999 - Determinación del derecho a la revalorización del importe de referencia - Principio de confianza legítima - Igualdad de trato entre los agricultores.
Política Agraria Común	3/10/13	C-298/12.	Confédération paysanne contra Ministre de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche.	Política agrícola común - Régimen de pago único - Reglamento (CE) n° 1782/2003 - Cálculo de los derechos de ayuda - Fijación del importe de referencia - Período de referencia - Artículo 40, apartados 1, 2 y 5 - Circunstancias excepcionales - Agricultores sujetos a compromisos agroambientales con arreglo al Reglamento (CEE) n° 2078/92 y al Reglamento (CE) n° 1257/1999 - Determinación del derecho a la revalorización del importe de referencia - Principio de confianza legítima - Igualdad de trato entre los agricultores.
Política exterior y de seguridad común	28/11/13	C 280/12 P	Consejo de la Unión Europea contra Fulmen y Fereydoun Mahmoudian	Recurso de casación - Medidas restrictivas adoptadas contra la República Islámica de Irán a fin de impedir la proliferación nuclear - Congelación de fondos - Obligación de justificar la procedencia de la medida.



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

Política exterior y de seguridad común	28/11/13	C 348/12	Consejo de la Unión Europea contra Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran.	Recurso de casación – Medidas restrictivas adoptadas contra la República Islámica de Irán a fin de impedir la proliferación nuclear – Medidas dirigidas contra la industria del petróleo y del gas iraníes – Congelación de fondos – Obligación de motivación – Obligación de justificar la procedencia de la medida.
Política social	26/09/13	476/11	HK Danmark contra Experian A/S.	Principio de no discriminación por razón de la edad – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 21, apartado 1 – Directiva 2000/78/CE – Artículo 6, apartados 1 y 2 – Régimen profesional de jubilación – Importe progresivo de las cotizaciones en función de la edad
Protección de los consumidores	3/10/13	C 32/12	Soledad Duarte Hueros contra Autociba SA y Citroën España SA.	Directiva 1999/44/CE – Derechos de los consumidores en caso de falta de conformidad – Escasa importancia de dicha falta de conformidad – Improcedencia de la resolución del contrato – Competencias del órgano jurisdiccional nacional.
Protección de los datos personales	17/10/13	C 291/12	Michael Schwarz contra Stadt Bochum.	«Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Pasaporte con datos biométricos – Impresiones dactilares – Reglamento (CE) nº 2252/2004 – Artículo 1, apartado 2 – Validez – Base jurídica – Procedimiento de adopción – Artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho al respeto de la vida privada – Derecho a la protección de los datos de carácter personal – Proporcionalidad»
Protección de los datos personales	12/12/13	C 486/12	Procedimiento incoado por X. Petición de decisión	Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Condiciones de ejercicio del derecho de acceso – Percepción



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

			prejudicial: Gerechthof te 's-Hertogenbosch – Países Bajos.	de gastos excesivos.
Protección del medio ambiente	26/09/13	C 195/12	Industrie du bois de Vielsalm & Cie (IBV) SA contra Région wallonne.	Directiva 2004/8/CE – Ámbito de aplicación – Cogeneración y cogeneración de alta eficiencia – Artículo 7 – Plan regional de apoyo que prevé la concesión de “certificados verdes” a las instalaciones de cogeneración – Concesión de una mayor cantidad de certificados verdes a instalaciones de cogeneración que valoricen principalmente otras formas de biomasa que no sean la madera o los residuos de madera– Principio de igualdad y de no discriminación – Artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»
Protección del medio ambiente	17/10/13	C 203/12	Billerud Karlsborg AB y Billerud Skärblacka AB contra Naturvårdsverket	Directiva 2003/87/CE - Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero - Multa por exceso de emisiones - Concepto de exceso de emisiones - Asimilación a un incumplimiento de la obligación de entregar, en los plazos establecidos por la Directiva, suficientes derechos de emisión para cubrir las emisiones del año anterior - Inexistencia de causa eximente en caso de disposición efectiva de los derechos de emisión no entregados, salvo en caso de fuerza mayor - Imposibilidad de modulación de la multa - Proporcionalidad.
Protección del medio ambiente	3/10/13	C 583/12	Inuit Tapiriit Kanatami y otros contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.	Reglamento (CE) nº 1007/2009 – Comercio de productos derivados de la foca – Restricciones a la importación y a la comercialización de dichos productos – Recurso de anulación – Admisibilidad – Legitimación activa de las personas físicas y jurídicas – Artículo 263 TFUE, párrafo cuarto – Concepto de “actos reglamentarios” – Actos legislativos – Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

Recurso de casación	05/12/13	C P	447/11	Caffaro Srl contra Comisión Europea.	Recurso de casación - Prácticas colusorias - Mercado europeo de peróxido de hidrógeno y perborato sódico - Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE - Cálculo de las multas - Duración de la infracción - Prescripción - Circunstancias atenuantes "
Recurso de casación	05/12/13	C P	455/11	Solvay SA contra Comisión Europea.	(Recurso de casación - Acuerdos, decisiones y prácticas concertadas - mercado europeo de peróxido de hidrógeno y perborato sódico - Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE - Duración de la infracción - Conceptos de «acuerdo» y «práctica concertada» - Comunicación sobre la cooperación - Obligación de Razones - Reducción de la multa)
Seguros	24/10/13	C	277/12	Vitālijs Drozdovs contra Baltikums AAS.	Seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles - Directiva 72/166/CEE - Artículo 3, apartado 1 - Directiva 90/232/CEE - Artículo 1 - Accidente de tráfico - Fallecimiento de los progenitores del demandante menor de edad - Derecho a indemnización del hijo - Perjuicio inmaterial - Indemnización - Cobertura por el seguro obligatorio.
Seguros	10/10/13	C	306/12	Spedition Welter GmbH contra Avanssur SA.	Seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles y control de la obligación de asegurar esta responsabilidad - Directiva 2009/103/CE - Artículo 21, apartado 5 - Representante para la tramitación y liquidación de siniestros - Representación pasiva para notificaciones de actos judiciales - Normativa nacional que condiciona la validez de la notificación a la existencia de un apoderamiento expreso en favor del representante - Interpretación conforme.
Servicios	24/10/13	C	22/12	Katarína Haasová contra Rastislav	Seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles - Directiva 72/166/CEE - Artículo 3, apartado 1 - Directiva



Tribunal de Justicia
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

			Petrík y Blanka Holingová	90/232/CEE – Artículo 1 – Accidente de tráfico – Fallecimiento de un pasajero – Derecho a indemnización del cónyuge y del hijo menor de edad – Perjuicio inmaterial – Indemnización – Cobertura por el seguro obligatorio.
Servicios	12/12/13	C 452/12	Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA contra Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território.	Procedimientos de adjudicación de contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones – Directiva 93/38/CEE – No adaptación del Derecho interno – Posibilidad de que el Estado invoque esta Directiva contra un organismo concesionario de un servicio público sin que el Derecho interno haya sido adaptado a esa norma.
Tutela judicial	19/12/13	C274/12	Telefónica SA contra Comisión Europea.	Artículo 263 TFUE, párrafo cuarto - Derecho a recurrir - Legitimación activa - Personas físicas o jurídicas - Acto que les afecta individualmente - Acto reglamentario que no incluye medidas de ejecución - Decisión por la que se declara incompatible con el mercado común un régimen de ayudas estatales - Derecho a una tutela judicial efectiva.



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

TABLA DE CONTENIDOS

Voces ordenadas alfabéticamente

Competencia	Política Agraria Común (PAC)
Disposiciones institucionales	Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)
Disposiciones sociales	Protección de la salud
Estatuto de los funcionarios	Protección del medio ambiente
Fondo de Cohesión	Unión Aduanera
Investigación y desarrollo tecnológico	



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

VOZ	FECHA	Nr. CASO	PARTES	ÍNDICE ANALÍTICO
Competencia	16/09/13	T 379/10 y 381/10	Keramag Keramische Werke AG ot, y Sanitec Europe Oy c. Comisión Europea	
Competencia	16/09/13	T 482/07	Nynäs Petroleum AB y Nynas Petróleo, SA contra Comisión Europea.	
Competencia	16/09/13	T 364/10	Duravit AG, Duravit SA y Duravit BeLux SPRL/BVBA contra Comisión Europea.	
Competencia	16/09/13	T-373/10, T-374/10, T-382/10 y T- 402/10.	Villeroy & Boch Austria GmbH (T- 373/10), Villeroy & Boch AG (T- 374/10), Villeroy et Boch SAS (T- 382/10) y Villeroy & Boch - Belgium (T- 402/10) contra Comisión Europea.	
Competencia	16/09/13	T 375/10	Hansa Metallwerke AG y otros contra	



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

			Comisión Europea	
Competencia	16/09/13	T 386/10	Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG contra Comisión Europea.	Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Excepción de ilegalidad – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Igualdad de trato – Proporcionalidad – Irretroactividad»
Competencia	16/09/13	T 462/07	Galp Energía España, SA, Petróleos de Portugal (Petrogal) et Galp Energia, SGPS, SA contra Comisión Europea.	
Competencia	16/09/13	T-380/10.	Wabco Europe y otros contra Comisión Europea.	Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Distorsión de la competencia – Prueba – Cálculo del importe de la multa – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Comunicación de 2002 sobre la cooperación – Dispensa de multas – Reducción del importe de la multa – Valor añadido significativo – Directrices de 2006 para el cálculo de las multas – Principio de irretroactividad»
Competencia	16/09/13	T-548/08.	Total SA contra Comisión Europea.	



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

Competencia	13/09/13	T-566/08,	Total Raffinage Marketing contra Comisión Europea	«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Mercado del gatsch – Decisión mediante la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto de los mercados – Prueba de la existencia de la práctica colusoria – Concepto de infracción única y continua – Duración de la infracción – Interrupción de la infracción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Igualdad de trato – Presunción de inocencia – Imputabilidad de la conducta infractora – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las normas sobre la competencia cometidas por sus filiales – Influencia decisiva ejercida por la sociedad matriz – Presunción en caso de posesión de una participación del 100 % – Proporcionalidad – Método de redondeo – Competencia jurisdiccional plena»
Competencia	13/09/13	T-551/10	Fri-El Acerra Srl contra Comisión Europea.	
Competencia	06/09/13	T-289/11, T-290/11 y T-521/11.	Deutsche Bahn AG y otros contra Comisión Europea.	Competencia – Procedimiento administrativo – Decisión por la que se ordena una inspección – Facultades de inspección de la Comisión – Derecho de defensa – Proporcionalidad – Obligación de motivación»
Competencia	13/12/13	T-399/09	Holding Slovenske elektrarne d.o.o. (HSE) contra Comisión	



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

			Europea.	
Disposiciones Institucionales	12/09/13	T-142/08.	República Italiana contra Comisión Europea.	
Disposiciones sociales	13/09/13	T 73/08	Berliner Institut für Vergleichende Sozialforschung eV contra Comisión Europea.	
Estatuto de los funcionarios	16/09/13	T-618/11 P.	Carlo De Nicola contra Banco Europeo de Inversiones (BEI).	
Estatuto de los funcionarios	16/09/13	T-264/11 P.	Carlo De Nicola contra Banco Europeo de Inversiones (BEI).	
Fondo de Cohesión	16/09/13	T 2/07	Reino de España c. Comisión Europea	
Investigación y desarrollo tecnológico	11/12/13	T-116/11.	Association médicale européenne (EMA) contra Comisión Europea.	Cláusula compromisoria - Sexto programa marco de acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración, destinado a contribuir a la creación del Espacio Europeo de Investigación y a la innovación (2002/2006) - Contratos Dicoems y Cocoon - Disconformidad de una parte de los gastos declarados con las estipulaciones contractuales - Resolución de los contratos - Devolución de una parte de las cantidades pagadas - Indemnización por daños y perjuicios - Reconvencción - Responsabilidad extracontractual - Enriquecimiento sin causa - Recurso de anulación - Acto irrecurrible - Acto integrado en un marco puramente contractual del que es inseparable - Nota de adeudo - Inadmisibilidad.



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

Política Agraria Común (PAC)	16/09/13	T 486/09	Republica de Polonia c. Comisión Europea	
Política Agraria Común (PAC)	06/09/13	T 483/11	Sepro Europe Ltd contra Comisión Europea.	
Política Exterior y de Seguridad Común	06/09/13	T 4/11 y 5/11	Export Development Bank of Iran contra Consejo de la Unión Europea.	
Política Exterior y de Seguridad Común	06/09/13	T 493/10	Persia International Bank plc contra Consejo de la Unión Europea.	Política exterior y de seguridad común – Medidas restrictivas adoptadas contra Irán a fin de impedir la proliferación nuclear – Congelación de fondos – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Derecho a la tutela judicial efectiva – Error de apreciación
Política Exterior y de Seguridad Común	06/09/13	T 42/12 y 181/12	Naser Bateni contra Consejo de la Unión Europea.	
Política Exterior y de Seguridad Común	13/09/13	T 383/11	Eyad Makhlouf contra Consejo de la Unión Europea.	«Política exterior y de seguridad común – Medidas restrictivas adoptadas contra Siria – Congelación de fondos y de recursos económicos – Restricción de entrada en el territorio de la Unión y de tránsito por el mismo – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Error manifiesto de apreciación – Derechos fundamentales»
Política Exterior y de seguridad común	06/09/13	T 13/12	Post Bank Iran contra Consejo de la Unión Europea.	
Política Exterior y de seguridad	06/09/13	T 12/11	Iran Insurance Company contra	



Tribunal General
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

común			Consejo de la Unión Europea.	
Política Exterior y de seguridad común	13/09/13	T 563/11	Issam Anbouba contra Consejo de la Unión Europea.	
Política Exterior y de seguridad común	06/09/13	T-35/10 y T-7/11.	Bank Mellat contra Consejo de la Unión Europea.	Política exterior y de seguridad común - Medidas restrictivas contra Irán con el fin de impedir la proliferación nuclear - Congelación de fondos - Obligación de motivación - Derecho de defensa - Derecho a una tutela judicial efectiva - Confianza legítima - Revisión de las medidas restrictivas adoptadas - Error de evaluación - Igualdad de trato - Base jurídica - Essential requisitos procesales - Proporcionalidad)
Política Exterior y de Seguridad Común	12/11/13	T 552/12	North Drilling Co. contra Consejo de la Unión Europea.	
Política Exterior y de Seguridad Común	12/12/13	T 58/12	Ghasem Nabipour y otros contra Consejo de la Unión Europea.	
Protección de la salud	16/09/13	T-333/10.	Animal Trading Company (ATC) BV y otros contra Comisión Europea.	«Responsabilidad extracontractual - Policía sanitaria - Medidas de salvaguardia en situación de crisis - Medidas de protección en relación con la gripe aviar altamente patógena en determinados terceros países - Prohibición de importación de aves silvestres capturadas en el medio natural - Violación suficientemente caracterizada de normas jurídicas que confieren derechos a los particulares - Inobservancia manifiesta y grave de los



Tribunal General

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

límites impuestos a la facultad de apreciación – Directivas 91/496/CE y 92/65/CE – Principio de cautela– Deber de diligencia – Proporcionalidad»

Protección del medio ambiente	13/12/13	T 240/10	Hungría contra Comisión Europea.	Aproximación de las legislaciones - Liberación intencional en el medio ambiente de OMG - Procedimiento de autorización de comercialización - Dictámenes científicos de la EFSA - Comitología - Procedimiento de reglamentación - Vicios sustanciales de forma - Examen de oficio.
Unión aduanera	12/11/13	T 147/12	Wünsche Handelsge- sells- chaft International mbH & Co. KG contra Comisión Europea.	



Tribunal de la Función Pública
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

TABLA DE CONTENIDOS

Voces ordenadas alfabéticamente

Agente contratado	Funcionarios
Agente temporal	Seguridad Social
Concurso general	Servicio Público
Estatuto de los funcionarios	



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

VOZ	FECHA	Nr. CASO	PARTES	ÍNDICE ANALÍTICO
Agente contratado	21/11/13	F 122/12	Bruno Arguelles Arias contra Consejo de la Unión Europea.	Función pública - Agentes contractuales - contrato indefinido - Terminación - Posición que requiere un control de seguridad - Autorización denegada por la autoridad nacional de seguridad - Decisión revocada por el órgano de apelación - Conclusiones de la autoridad nacional de seguridad y el organismo de recurso no es vinculante AHCC
Agente contratado	25/09/13	F 158/12	Éric Marques v European Commission.	Función pública - Agentes contractuales - Selección - Convocatoria de manifestaciones de interés EPSO/CAST/02/2010 - Condiciones de participación - experiencia profesional relevante - Desestimación de la solicitud de compromiso
Agente contratado	13/09/13	F 38/12	BP v European Union Agency for Fundamental Rights (FRA).	(Función pública - Personal de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales - Miembro del personal contratado - No renovación de un contrato de duración determinada por un período indefinido - Cambio de destino a otro departamento Hasta la expiración del contrato - Recurso de anulación - Recurso de daños y perjuicios)
Agente contratado	19/09/13	F 83/08	Johan Gheysens v Council of the European Union	Agentes contractuales auxiliares - Condiciones de contratación - Grupo de funciones - la correspondencia entre los tipos de tareas y funciones de trabajo - Tiempo de compromiso
Agente temporal	16/09/13	F 20/12 Y 43/12	Barbara Wurster contra Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE).	El servicio público - Personal EIGE - Agentes temporales - agentes de coaching Procedimiento de Evaluación de Capacidad Eige recién asignados a un puesto de gestión medio - Reasignación a un puesto no directivo - Derecho a ser oído - Ámbito de aplicación de la ley - Registro de la oficina - modelos de sustitución hechas de oficio por el juez "
Agente	09/10/13	F 116/12	Kari Wahlström v	Objetivos Configuración - Función Pública



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

temporal			European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex).	- Agentes temporales - Informe de evaluación - Obligación de motivación - El diálogo anual con el evaluador
Agente temporal	03/12/13	F 36/13	Judgment of the Civil Service Tribunal (First Chamber) of 3 December 2013. CT v Education, Audiovisual and Culture Executive Agency (EACEA).	De la Función Pública - Agentes temporales - contrato indefinido - Terminación - Incumplimiento de la dignidad de la oficina - Fuera de confianza
Agente temporal	12/12/13	F 135/12	Claudia Marengo v Research Executive Agency (REA).	(Función pública - Agentes temporales - Selección - Convocatoria de manifestaciones de interés REA/2011/TA/PO/AD 5 - No inclusión en la lista de reserva - Validez del procedimiento de selección - Estabilidad de la composición del comité de selección)
Agente temporal	21/11/13	F 72/12	Josiane Roulet v European Commission.	Funcionarios - Retribución - Artículo 66 del Estado Mayor - Agente temporal ex AD 12 - Para ser seleccionado como un funcionario de grado AD 6 - El pago de la remuneración equivalente a un grado AD 12 - Error manifiesto - Recuperación de los pagos indebidos En virtud del artículo 85 del Estado Mayor "
Agente temporal	30/09/13	F 124/11	Daniele Possanzini v European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (Frontex).	Función pública - Agentes Frontex - Agentes temporales - Informe de evolución de carrera cuyas apreciaciones negativas de la oficial de información no comunicada a la persona interesada - No renovación de un contrato de duración determinada - Decisión basada en la opinión del oficial de información - Derecho de defensa - Violación - Disputa de carácter financiero - competencia jurisdiccional plena.
Concurso	07/10/13	F 97/12	Florence Thomé v	Funcionarios - Concurso general -



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

general			European Commission		Convocatoria de oposición EPSO/AD/177/10 - Decisión de no contratar a un ganador - Elegibilidad - Bachelor "
Concurso general	17/10/13	F 77/12	Vasil Vasilev v European Commission.	v	Funcionarios - Concurso general - Convocatoria de oposición EPSO/AD/208/11 - Imposibilidad durante el uso previo del teclado a la que se utilizó el candidato para probar - Denegación de admisión a las pruebas de evaluación - Igualdad de trato"
Concurso general	16/09/13	F 46/12	Dagmar Höpcke v European Commission.	v	Funcionarios - Concurso - Concurso Aviso EPSO/AST/111/10 - No inclusión en la lista de reserva - Instrucción de texto de escritura a una longitud mínima - Incumplimiento "
Concurso general	16/09/13	F 23/12 y 30/12	Jérôme Glantenay and Others (F-23/12) and Marco Cecchetto (F-30/12) v European Commission.	v	Funcionarios - Concurso general - Convocatoria de oposición EPSO/AD/204/10 - Selección basada en las calificaciones - Eliminación de los candidatos sin la consideración específica de sus calificaciones y experiencia profesional "
Estatuto de los funcionarios	23/10/13	F 98/12	Kathleen Verstreken		contra Consejo de la Unión Europea.
Estatuto de los funcionarios	23/10/13	F 148/12	Ulrik Solberg v European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (OEDT).		.
Estatuto de los funcionarios	12/12/12	F 68/12	Giorgio Lebedef v European Commission.	v	Función pública - Funcionarios - Informe de Evaluación - Ejercicio de evaluación para el año 2010 - Recurso de anulación del informe de evaluación - Recurso de anulación del número de puntos de



Tribunal de la Función Pública
 Índice analítico de jurisprudencia
 Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

				promoción premio "
Estatuto de los funcionarios	18/9/13	F 76/12	Sabine Scheidemann v European Commission	"Función pública - Funcionarios - Transferencia interinstitucional - artículos 43 y 45 del Estatuto - Promoción - Puntos de Mérito - Igualdad de trato - Autonomía de las instituciones"
Estatuto de los funcionarios	05/11/13	F 63/12	Carlo De Nicola v European Investment Bank (EIB)	
Estatuto de los funcionarios	23/10/13	F 39/12	BQ v Court of Auditors of the European Union.	
Estatuto de los funcionarios	17/10/13	F 59/12	BF v Court of Auditors of the European Union	Funcionarios - Nombramiento - Llamamiento de un Director - Vacante - Acto lesivo - Inexistencia - Inadmisibilidad "
Estatuto de los funcionarios		F 52/12	Maria Luisa Cortivo v European Parliament.	Función pública - Funcionarios - Pensiones - Coeficiente - Estado miembro de residencia - Concepto - Principal Residencia - Recibos - comparten entre dos Confianza legítima Estados miembros Residencia "
Estatuto de los funcionarios	11/12/13	F 125/12	Alvaro Sesma Merino v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM).	Función pública - Funcionarios - Informe de evaluación - Objetivos 2011/2012 - Ley no afecta negativamente - Inadmisibilidad del recurso
Estatuto de los funcionarios	12/12/13	F 22/12	Mark Hall v European Commission and European Police College (CEPOL).	Prestaciones familiares - - Función pública - Retribución asignación por hijos a cargo - Asignación por escolaridad - Niños de la esposa del solicitante que no vive en la casa de la pareja - Requisitos para su concesión)
Estatuto de los funcionarios	23/10/13	F 93/12	Luigi D'Agostino v European Commission.	



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

Estatuto de los funcionarios	05/11/13	F 104/11	Gábor Bartha v European Commission	
Estatuto de los funcionarios	11/12/13	F 113/12	Vilija Balionyte-Merle v European Commission.	Función pública - Concurso general - Convocatoria de oposición EPSO/AD/204/10 - La omisión de la aplicación de la lista de reserva - Evaluación de candidatos Competencias generales - Evaluación sobre la base del rendimiento en las pruebas en el centro de evaluación - la coherencia entre la marca y los comentarios que aparecen en el pasaporte de competencia obtenido)
Estatuto de los funcionarios	05/11/13	F 105/12	Brigitte Knöll v European Police Office (Europol)	
Estatuto de los funcionarios	05/11/13	F 104/12	Ingo Hanschmann v European Police Office (Europol).	
Estatuto de los funcionarios	05/11/13	F 103/12	Margaret Doyle v European Police Office (Europol)	
Estatuto de los funcionarios	23/10/13	F 124/12	Ulrik Solberg v European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (OEDT).	
Estatuto de los funcionarios	12/12/13	F 133/11	BV v European Commission.	Funcionarios - Nombramiento - Candidatos inscritos en las listas de reserva concursos que se publicó el aviso antes de la entrada en vigor del nuevo Estatuto - Clasificación - Principio de igualdad de trato - Discriminación por razón de edad - libre circulación de personas "
Estatuto de los funcionarios	23/10/13	F 80/11	Nicolaos Loukakis and Others v European Parliament.	



Tribunal de la Función Pública
Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

Estatuto de los funcionarios	12/12/13	F 142/11	Erik Simpson v Council of the European Union.	De la Función Pública - Promoción - Decisión de no promover la aplicación al grado AD 9 Efectiva Passed que tiene la competencia para el grado AD 9 - Igualdad de trato
Funcionarios	02/10/13	F 111/12	Albert Nardone contra Comisión Europea.	Funcionarios - El ex oficial - La exposición al amianto y otras sustancias - Enfermedad profesional - Accidente - El artículo 73 de la Personal - Junta Médica - Motivación - Recurso de indemnización - Duración del procedimiento"
Funcionarios	11/12/13	F 130/11	Marco Verile and Anduela Gjergji v European Commission.	Función pública - Funcionarios - Pensiones - Transferencia de los derechos de pensión adquiridos en un régimen nacional de pensiones - Reglamento adaptar la tasa de contribución al régimen de pensiones de la Unión - Adaptación de los valores actuariales - Necesidad de adoptar disposiciones de carácter general para ejecución - Aplicación en el tiempo de las nuevas disposiciones generales de aplicación - la retirada de las anualidades de bonificación propuestas - Legal - Condiciones
Funcionarios	05/11/13	F 14/12	Peter Schönberger v Court of Auditors of the European Union.	Función pública - Funcionarios - Promoción - Ejercicio de promoción 2011 - Las tasas de multiplicación "
Funcionarios	11/09/13	F 126/11	José António de Brito Sequeira Carvalho v European Commission	Función pública - Funcionarios - Régimen disciplinario - Procedimiento disciplinario - Sanción disciplinaria - Amonestación - Artículo 25 del Anexo IX del Estatuto - Artículo 22 bis del Estatuto "
Funcionarios	11/12/13	F 117/11	Catherine Teughels v European Commission.	Función pública - Funcionarios - Pensiones - Transferencia de los derechos de pensión adquiridos en un régimen nacional de pensiones - Reglamento adaptar la tasa de contribución al régimen de pensiones de la Unión - Adaptación de los valores actuariales - Necesidad de



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013-Diciembre 2013

					adoptar disposiciones de carácter general para ejecución - Aplicación en el tiempo nuevo disposiciones generales de ejecución
Funcionarios	17/10/13	F 60/09 renv	Gerhard Birkhoff v European Commission.		Funcionarios - Conocida Tribunal tras anulación - Prestaciones familiares - - Retribución asignaciones por hijo a cargo - Niños que sufren de una enfermedad grave o discapacidad que le impide ganarse la vida - Solicitud de prórroga del pago de asignación "
Seguridad social	11/12/13	F 142/12	A v European Commission		Funcionarios - Seguridad Social - Accidente o enfermedad profesional - Artículo 73 del Estatuto - Incapacidad Permanente Parcial - Solicitud de indemnización
Seguridad social	11/12/13	F 15/10	Carlos Andres and Others v European Central Bank (ECB)		Función pública - Personal del BCE - Reforma del sistema de pensiones - La congelación del plan de pensiones - Implementación del sistema de pensiones - Consulta de la Comisión Fiscalizadora - Consulta de comité de personal - Consulta de la Junta General - la Junta de Gobernadores de Consulta - Tres años de evaluación del plan de pensiones - Violación de las condiciones de empleo - error manifiesto de apreciación - Principio de proporcionalidad - derechos adquiridos - Principio de seguridad jurídica y la previsibilidad - Obligación de proporcionar información
Servicio Público	12/12/13	F 129/12	CH Parlamento Europeo.	contra	Servicio Público - asistentes acreditados parlamentarias - Terminación Temprana - Solicitud de asistencia - Prejuicio
Servicio Público	01/10/13	F 82/11	Nicolaos Loukakis and Others v European Parliament.		Servicio público - Comité de Personal del Parlamento - irregularidades electorales en el proceso electoral
Servicio público	16/09/13	F 92/11	Carla Faita v European Economic and Social Committee (EESC).		Servicio Público - Bullying - Solicitud de asistencia - Fundamentos de Derecho "



Tribunal de la Función Pública

Índice analítico de jurisprudencia
Cátedra Jean Monnet – Universidad de Buenos Aires

Agosto 2013 - Diciembre 2013

Servicio público	17/10/13	F 69/11	BF v Court of Auditors of the European Union.	Servicio Público - Cómo llenar un director - Detección Informe de la Comisión - Motivación - Ausencia - Ilegalidad de la decisión de nombramiento - Condiciones
Servicio Público	16/09/13	F 84/12	CN contra Consejo de la Unión Europea	Servicio Público - Artículo 78 del Estado Mayor - Comisión de invalidez - Informe médico - Medical Data naturaleza psiquiátrica o psicológica - Secreto Médico - Access - Recurso de anulación - Recurso de indemnización "