

IDENTIDAD CONSTITUCIONAL NACIONAL, DERECHOS FUNDAMENTALES E INTEGRACIÓN EUROPEA *

SILVIO GAMBINO **

SUMARIO:

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS A LA LUZ DE LOS «NUEVOS» TRATADOS
2. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN LA «SENTENCIA LISBOA»
3. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, «PRIMAUTÉ» EUROPEA Y CONSTITUCIONES
4. TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES, DERECHOS SOCIALES E INTEGRACIÓN EUROPEA
5. DERECHOS SOCIALES Y MERCADO: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN, EL TJUE Y LAS CONSTITUCIONES NACIONALES
6. TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y LOS TRATADOS EUROPEOS: REFLEXIONES FINALES

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS A LA LUZ DE LOS «NUEVOS» TRATADOS

Los «nuevos» tratados de la Unión Europea (tratados de Lisboa), vigentes desde el 1 de diciembre de 2009, han impulsado con fuerza el progreso de integración europea. Dentro de su tradicional «stop and go», el proceso atraviesa un estado crítico debido a la crisis financiera y económica, especialmente virulenta en algunos países miembros de la Unión. A pesar de lo cual el Derecho de la Unión sigue estando de actualidad, pues se ocupa de complejas cuestiones derivadas de la convivencia de la cultura de la inte-

* Traducido del italiano por Ana Ruiz Legazpi.

** Universidad de Calabria, Italia.

gración europea. Y ello con el respeto tanto a la igualdad de los Estados miembros ante los tratados como a su propia identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional, tal como se prevé en el art. 4 TUE.

En este escenario evolutivo, la integración europea adviene ahora con un pleno reconocimiento a los derechos (libertades y principios) sancionados en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, del mismo valor jurídico que los tratados (art. 6 TUE). Esta última disposición —seguida de la previsión de adhesión de la Unión al CEDH— rediseña, a través de los derechos y las identidades constitucionales nacionales, este proceso de integración ¹.

¹ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Nápoles, 2005; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bolonia, 2007; C. PINELLI, «I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza», *Pol. del dir.*, 2008, núm. 1; N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Nápoles, 2006; T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Turín, 2009; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Pádua, 2008; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Nápoles, 2009; O. POLLICINO, «Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali», *Dir. Un. Eur.*, 2009, núm. 1; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, «La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali» en L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, T. II, Pádua, 2011; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; J. TAJADURA, J. de MIGUEL (a cura di), *Justicia constitucional y Unión europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, 2008; M. CARTABIA, B. de WITTE, P. PÉREZ TREMPs (a cura di), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005; V. ONIDA, «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona» y T. GROPPi, «I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza «multilivello», en E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2011; S. GAMBINO, «Costituzionalismo «multilevel», diritti fondamentali e Unione Europea» en G. D'IG-

Actualmente, este camino evolutivo experimenta una importante avance en lo que se refiere a la positivación europea de los derechos fundamentales, de la mano de un (importante y complejo) diálogo entre las Cortes constitucionales, el TJUE y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) que trata de asegurar jurisdiccionalmente los distintos y singulares niveles de garantía desde la óptica de un constitucionalismo multinivel con el que se vienen a confirmar plenamente las identidades constitucionales nacionales².

Con la incorporación (sustancial) de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión en el seno de los «nuevos» tratados, el proceso de integración europeo se prestaría a ciertas lecturas (que no compartimos) que lo consideran un auténtico proceso constitucional, que vendría a derogar los propios procedimientos articulados por el Derecho constitucional (no sólo interno) con los que se asegura la legitimación política de los nuevos ordenamientos constitucionales. Tal proceso de positivación de los derechos presenta importantes interrogantes relativos bien a la recurrente cuestión del déficit democrático de las Instituciones comunitarias, bien —sobre todo—

NAZIO (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milán, 2011; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea*, Milán, 2009.

² A. RUGGERI, «Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali», *Rivista AIC*, 2011, núm. 1; A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno», en *www.forumcostituzionale.it*; A. CELOTTO, T. GROPPi, «Diritto UE e diritto nazionale: “primauté” vs controlimiti», *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. CELOTTO, «“Primauté” e controlimiti nel Trattato di Lisbona», *Scritti sul processo costituente europeo*, Nápoles, 2009; S. GAMBINO, «La Carta e le Corti costituzionali. “Controlimiti” e “protezione equivalente”», *Politica del diritto*, 2006, núm. 3; M. RAVERAIRA, «L’ordinamento dell’Unione europea...» *op. cit.*; F. BALAGUER CALLEJON, «Il Trattato di Lisbona sul lettino dell’analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell’Unione europea», A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2009; F. BALAGUER CALLEJON, «El derecho constitucional europeo y la Unión Europea», in F. BALAGUER CALLEJON (coord.), *Introducción al derecho constitucional*, Madrid, 2011.

a la legitimación constitucional (a la cual la doctrina constitucional mayoritaria parece no querer atribuirle una relevancia teórica digna de mención).

Sobre este aspecto teórico específico es notorio que la doctrina constitucional europea está dividida. Así se deduce de las diferentes valoraciones expuestas en los comentarios doctrinales a la «sentencia Lisboa» del Tribunal constitucional federal alemán, de 30 de junio de 2009³. En opinión de algunos, confirma la naturaleza —digamos consuetudinaria— del proceso de integración europea en curso⁴ que habría determinado así por la vía de los hechos una discontinuidad en relación con el constitucionalismo de los países europeos, en modo alguno subsanable desde la óptica de los ordenamientos constitucionales nacionales afectados. Así, se darían las premisas de un constitucionalismo europeo acabado, plenamente autoreferencial y capaz de producir todas las consecuencias jurídico-institucionales

³ N. VEROLA, «L'identità europea fra eredità e progetto», F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Il Trattato di Lisbona e le nuove istituzioni europee*, Bologna, 2010; AA.VV., *La sentenza del «Bundesverfassungsgericht» sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione Europea (Seminaro Astrid, Roma, 21 de septiembre de 2009)*, disponible en www.astrid.eu; 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)», *Rivista AIC*, núm. 0 del 2.7.2010; A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale nel Lissabon Urteil. L'integrazione protetta», en *Teoria e diritto dello Stato*, 2010; B. GUASTAFERRO, «Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”», en www.forumcostituzionale.it; S. ALOISIO, «Il futuro dell'integrazione europea dopo il Lissabon Urteil», en *AUSE*, 2011, 2; 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?» en *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, núm. 2, 2011.

⁴ A. RUGGERI, «Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale», AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milán, 2003; K. BLAIRON, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: verso la costituzionalizzazione di un “diritto comune” europeo», S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milán, 2006.

que la aplicación directa de sus disposiciones y su primacía (tal como veremos) han tenido sobre los ordenamientos nacionales. Incluso en la materia misma de los derechos fundamentales (con la salvedad de los contra-límites opuestos por algunas jurisdicciones constitucionales europeas, magistralmente remachadas hace poco por el Tribunal constitucional federal alemán y, entre otros, por el Juez de las leyes tanto polaco como checo).

Otras lecturas resultan más prudentes. Preguntándose por la naturaleza de los tratados más recientes y sobre la naturaleza jurídica propia de los tratados, ofrecen una argumentación diferente, según la cual, las recientes modificaciones de los tratados constituyen poco más que una reorganización normativa de los vigentes anteriormente. Incluso subrayando cómo la integración europea gana terreno a través de los derechos, no dejan de señalar un persistente déficit constitucional⁵. Dicho de otro modo, según esta corriente, una Constitución, como acto fundacional de un ordenamiento jurídico primario y elemento fundamental de él mismo integrante —en su componente de «inner law»— sólo puede provenir de una voluntad política y formalmente constituyente, expresada directamente por el pueblo europeo de los distintos países miembro⁶. Un pasaje argumentativo de la «sen-

⁵ M. FIORAVANTI, «Un ibrido fra Trattato e Costituzione», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003 y del mismo autor «Il processo costituente europeo», en *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milán, 2003; F. BALAGUER CALLEJON, «Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'UE», A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2010.

⁶ A. BARBERA, «Esiste una “costituzione europea”?», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2000; Ch. FRANCK, «Traité et Constitution: les limites de l'analogie», en P. MAGNETTE (a cura di), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, 2002; M. CARTABIA, «I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione», F. BASSANINI, G. TIBERI, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; R. TONIATTI, «Verso la definizione dei “valori superiori” dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Pádua, 2002; G. SILVESTRI, «Relazione conclusiva», in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTU-

tencia Lisboa» de la Corte de Karlsruhe argumenta en un modo muy claro esta visión. Que tal acto constituya la expresión de una asamblea constituyente o de un referéndum no dice tanto, lo que resulta indiscutible es que la Constitución europea debe ser el resultado de un proceso constituyente, con una legitimación, la propia de los titulares de la soberanía, que no deje lugar a la duda, investida con la fuerza revulsiva propia atribuible a la voluntad del *demos* de los países miembro. De otro modo, según este planteamiento, no se podría pensar que una meta progresiva de llegada a la Constitución europea pueda poner en entredicho —y en este sentido minusvalorar— las categorías dogmáticas tradicionales del constitucionalismo moderno que están en la base de todos los procesos de legitimación constitucional⁷.

La garantía de los derechos fundamentales europeos, de un lado, y de otro, el respeto por parte de la Unión Europea a la identidad nacional de los Estados miembros, inmanente a su estructura fundamental, su política constitucional, incluido el sistema de las autonomías locales y regionales —en su posición de bisagra entre Derecho primario de la Unión y constitucionalismo nacional— replantean los clásicos interrogantes en materia de «primauté» de derechos fundamentales entre los niveles constitucionales

RA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003; M. FIORAVANTI, «Un ibrido fra «Trattato» e...», *op. cit.*, p. 19; S. GAMBINO, «Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e trattati comunitari», S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione... op. cit.*; S. GAMBINO, «La (reciente) evolución del ordenamiento comunitario como proceso «materialiter» constituyente: un análisis tras las categorías clásicas del derecho público y de la experiencia concreta», AA.VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Bogotá, 2006.

⁷ M. LUCIANI, «Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea» en *www.astrid.eu*; M. CHITI, «Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania», en *www.astrid-online.it*; 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*; G. L. TOSATO, «L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente «Lissabon Urteil»» en *www.astrid.eu*.

nacionales y el nivel propio del Derecho primario de la Unión⁸. El análisis, siquiera esencial que realizaremos, nos lleva a sumir la vigencia de aquella lectura (más jurisprudencial que doctrinal) que a pesar de la «comunitarización de la Carta de derechos fundamentales» niega la primacía generalizada de tales derechos fundamentales europeos basándose en las garantías que de ellos predicen las constituciones nacionales.

Con todo, una interpretación así, no desprecia los contenidos garantizados por los derechos y libertades de la Unión sancionados en el art. 6 del TUE, en el art. 51.1 de la Carta de derechos fundamentales y en el art. 67 TFUE de acuerdo con el cual «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros». En efecto, es bien destacable el espacio de reflexión abierto por la posición de algunas Cortes constitucionales, como en particular las Cortes italiana y alemana, bajo lo que se denomina «doctrina de los contralímites». En ella se niega (la jurisprudencia constitucional alemana al menos hasta la sentencia Solange II con el criterio de la «protección equivalente» brindada por el Derecho europeo primario) la primacía del Derecho de la Unión en lo relativo a los principios y derechos fundamentales garantizados en las constituciones nacionales.

⁸ F. SORRENTINO, «La tutela multilivello dei diritti», *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005; 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», en S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milán, 2002; I. PERNICE, F. MAYER, «La Costituzione integrata dell'Europa», in G. ZAGREVELSKY (a cura di), *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003; P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milán, 2004; G. MORBIDELLI, «La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo», (AA.VV.), *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Pádua, 2000; A. RUGGERI, «Rapporti tra Corte costituzionale...», cit.; S. GAMBINO, «La protection multilevel dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizione)», in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Nápoles, 2008; O. POLLICINO, U. SCIARABBA, «La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte...», *op. cit.*

2. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA LISBOA

Como ya hemos observado, este tipo de razonamiento es secundado de nuevo por la Corte di Karlsruhe en la conocida «sentencia Lisboa» de 30 de junio de 2009⁹. A raíz de tal tendencia jurisprudencial una parte de la doctrina piensa que puede hablarse de un auténtico desafío al acervo comunitario. Se ha señalado acertadamente¹⁰ que la fundamentación de esta larga sentencia parece encaminada a modelar el futuro del Derecho de la Unión¹¹ «supliendo un pluralismo constitucional defensivo por un pluralismo constitucional agresivo». El Juez constitucional alemán reivindica para sí el papel de árbitro último, de guardián decisivo de la Constitución, a través del ejercicio del control de la compatibilidad del proceso de integración con la intangibilidad constitucional del principio democrático¹² y de la «cláusula de eternidad» de la Constitución plasmada en el art. 79.3 LF. Con esta garantía de perennidad, ni el propio legislador constitucional puede disponer de la identidad del orden constitucional liberal. Obsérvese que esta argumentación no es diferente en el fondo de la acogida por la Corte constitucional italiana en la sentencia n. 1146 de 1998, en la cual se subrayó cómo la Constitución italiana contenía «algunos principios constitucionales supremos: tanto aquellos principios que la Constitución misma prevé como límites

⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30/6/2009.

¹⁰ M. POIARES MADURO, G. GRASSO, «Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?», en *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 3, 2009. A. CANTARO, «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”. La integración protegida», *Rev. Der. Const. Eur.*, núm. 13, 2009.

¹¹ M. POIARES MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza...*, *op. cit.*, p. 527.

¹² En el párrafo 216 de la sentencia, el Juez de las leyes observa que «el principio democrático no es susceptible de variaciones, es más, es intocable. El poder constituyente de los alemanes dado en la LF trataba de poner un límite que no pudiera ser desoído por futuras mayorías políticas. No está permitida ninguna modificación que afecte a los principios enunciados en el art. 1 a 20 de la LF (art. 79.3 LF).

absolutos al poder de reforma constitucional (la forma republicana protegida en el art. 139 Cost.) como aquellos otros principios que, aún no mencionándose expresamente en la Constitución como excluidos del procedimiento de reforma constitucional, pertenecen en esencia a los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana (...). No se puede negar, por tanto, que esta Corte sea competente para juzgar la legitimidad de las leyes de reforma constitucional y de las otras leyes constitucionales en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. De lo contrario, se incurriría en el absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución defectuoso o no plenamente efectivo justamente en relación con las normas de más elevado valor».

Con respecto a las razones invocadas por los recurrentes (especialmente, vulneración del principio democrático y de atribución específica de la competencia), la decisión de la Tribunal constitucional alemán se sitúa en la senda jurisprudencial precedente. En la que destaca la sentencia *Maasricht*¹³ (aunque aquí se prestaba atención al principio democrático y al soberanía del Estado más que a la intangibilidad de la protección de los derechos fundamentales) que junto con la sentencia *Solange II*, la habían llevado a detenerse en la comprobación de una protección equivalente asegurada por el Tribunal de Luxemburgo. En este sentido, el Tribunal constitucional federal alemán subraya la existencia de límites insuperables al proceso de integración dimanantes del principio de atribución y de la identidad constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea (§§ 226, 228) que operan en el marco constitucional de un ordenamiento nacional (art. 23.1 LF) abierto a la integración europea, a la participación en las instituciones internacionales y a la pertenencia en un sistema de seguridad recíproca en el escenario de una amplia prohibición de las guerras y agresiones. El mandato que a juicio de la Corte se deriva para los órganos constitucionales alemanes «significa que la elección de participación o no en la Unión Euro-

¹³ BVergG, 89, 115. *Vid.* al respecto también G.U. RESCIGNO, «Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea», *Giur. Cost.*, 1994, p. 3115, así como A. ANZON, J. LUTHER, «Il trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale», *Giur. Cost.*, 1994, p. 667.

pea no se deja a su libertad discrecional. La LF quiere una integración europea y un ordenamiento de paz internacional. Por lo tanto no sólo rige el principio «a favor Derecho internacional», sino también el principio «a favor Derecho europeo» («Europarechtsfreundlichkeit») (§ 225)¹⁴.

Con todo, la concreción de la integración europea debe tener en cuenta las peculiaridades naturales de la Unión como ente de unión de estados soberanos (Statenverbund), que ejerce su poder sobre una base pacticia, en cuyo ámbito el ordenamiento de base de los Estados miembros permanece en su exclusivo señorío y cuya legitimación democrática pertenece a sus pueblos.

La concepción de estas características acuñada en la LF autoriza sin duda a una amplia cesión de derechos de supremacía a la Unión por parte del legislador estatal, pero subordinándola a «la condición de que se conserven las características del Estado constitucional soberano sobre la base de un programa de integración según el principio de atribución específica y de salvaguarda de la identidad constitucional de los Estados miembros; sin detraer a los Estados miembros su capacidad de transformación política y social de las condiciones de vida que le corresponde gestionar» (§ 226).

¹⁴ M. POIARES MADURO, G. GRASSO, «Quale Europa...», *op. cit.*; A. ANZON, «Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lisbona" del Tribunale costituzionale federale tedesco», *Giur. cost.*, 2009; G. FERRARA, «In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona», en *www.astrid.eu*; F. PALERMO, J. WOELK, «"Maastricht reloaded": il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona», *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, núm. 3, 2009; A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale...», *op. cit.*; L.S. ROSSI, «I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea», *Riv. Dir. Internaz.*, núm. 4, 2009, n. 4; P. HÄBERLE, «La regresiva sentenza Lisboa como Maastricht II anquilosada», *Rev. Der. Const. Eur.*, 2009, 12; 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)», *Rivista AIC*, núm. 0 del 2.7.2010; M. RAVERAIRA, «L'ordinamento dell'Unione europea...», *op. cit.*

Una premisa constitucional similar a ésta es fundamental en la argumentación de la Corte de Karlsruhe cuando observa que «la integración en una comunidad de libertad no pretende, con todo, ni subordinación sustraída a los límites y controles del Derecho constitucional, ni una renuncia a la propia identidad. La Ley Fundamental no autoriza a los órganos activos de Alemania a entrar en un Estado federal y renunciar al derecho de autodeterminación del pueblo alemán en favor de una soberanía internacional. Al implicar la transferencia de soberanía a un nuevo sujeto legítimo, este paso se reserva a una declaración de voluntad directa del pueblo alemán» (§ 228).

Con una confianza no muy grande en la fuerza constructiva del proceso de integración, lo vincula a los elementos constitucionales vigentes y garantizados por las actuales competencias de los tribunales constitucionales. En pocas palabras, puede parecer excesiva una cierta crítica a esta sentencia en la que se habla incluso de un «bozal alemán»¹⁵ que la Corte de Karlsruhe habría puesto de un modo miope a la Unión Europea. Nos convence más la visión de otro sector de la doctrina, más prudente, concentrado en los argumentos de la identidad nacional como contrapeso, como contralímite al proceso de integración europeo, al que estaría delimitando un desarrollo «secundum constitutionem»¹⁶

¹⁵ S. CASSESE, «L'Unione europea e il guinzaglio tedesco», *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 9, 2009.

¹⁶ V. BALDINI, «Il rispetto dell'identità costituzionale...», *op. cit.*; M. RAVERA, «L'ordinamento dell'Unione europea...», *op. cit.* Estas interpretaciones parecen fundarse en la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana sobre la «responsabilidad por la integración» y, en particular, en la Mangold-Beschluss del Tribunal constitucional alemán (cfr. Bundesverfassungsgericht, sezione II, 6 de julio de 2010, BvR 2661/06, en *Foro it.*, 2010, IV, 533, con un comentario de R. CAPONI, «La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca», sobre el cual puede verse también «Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)», *Riv. it. Diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1103 ss.; «Il Mangold Urteil: l'europeismo della Corte tedesca ed i suoi limiti», *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 861). El autor habla al respecto de un radical cambio en relación con la jurisprudencia precedente del Tribunal alemán, y en el párrafo 58, de hecho, se prevé que el control ultravires debe realizarse con arreglo a un modelo de relativo favor Derecho de la Unión (Europarechtsfreundlich) mientras en el párrafo 60 se afirma: «Has-

De este modo consigue que la cláusula de identidad e intangibilidad constitucional (artículos 1 a 20 y 79.3 LF) implique sobre todo «que el programa de integración de la Unión Europea deba ser suficientemente determinado. Si el pueblo no es llamado a decidir directamente, sólo se legitima democráticamente la decisión de la que pueda responder el Parlamento. La delegación en blanco para el ejercicio del poder público, con un efecto vinculante en el ordenamiento jurídico interno, no puede ser hecha por los poderes constituidos alemanes» (§ 236).

En la «sentencia Lisboa» no faltan argumentos enfocados a la perspectiva de análisis aquí defendida y que pivota sobre la cualidad de las relaciones y de los límites relativos entre ordenamientos jurídicos. Se puede convenir en la existencia de una cierta continuidad entre los contralímites al proceso de integración comunitaria y la identidad constitucional nacional. En el marco más delimitado de los principios y derechos fundamentales sancionados de las constituciones nacionales, tales contralímites se proyectarían, hoy en día, en una fórmula más amplia y general (y hasta simbólica) de la identidad constitucional nacional, que nutriría la nueva positivación comunitaria prevista en los artículos 4.2 y 6 TUE, así como en el art. 67.1 TFUE.

En lo que concierne a los contralímites opuestos al proceso de integración europeo, el Tribunal constitucional alemán subraya enfáticamente que

ta [Solange] que el Tribunal de Justicia no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones de Derecho de la Unión suscitadas, el Bundesverfassungsgericht comprobar la no aplicabilidad del Derecho de la Unión en Alemania» y, en fin, el párrafo 62 añade también «el Bundesverfassungsgericht afirma de nuevo que el Tribunal de Justicia tiene confiado el cometido de implementar, desarrollar y perfeccionar el Derecho de la Unión Europea». En el mismo sentido, *vid.* P. FARAGUNA, «Germania: il Mangold-Urteil del BVerfG. Controllo ultra vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich», *www.forumcostituzionale.it*, según quien «el BVerfG confirma su competencia al ejercer el control sobre los actos ultra vires de la Unión: pero no antes de que el Tribunal de Justicia haya tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación o validez de los actos en el trámite de la cuestión prejudicial. En caso de conflicto sobre la competencia, pues, la primera palabra la tiene el Tribunal de Justicia, a quien el BVerfG parece reconocer la cortesía de la prejudicialidad. Pero también se puede decir que la última palabra la tiene el BVerfG».

dicha integración debe respetar la participación activa del parlamento nacional y la participación constituyente del pueblo alemán. Como se ha observado magistralmente, la transformación de la Unión Europea en un Estado federal «excedería las competencias y los poderes de los poderes constituidos de la República federal de Alemania. La base jurídica necesaria para una forma de integración así sólo podría revestirla una ley constitucional que el pueblo alemán debería darse conforme a las reglas del art. 146 LFB» (§113).

Se podría traer a colación una cita bien larga de la «sentencia Lisboa» para concluir la reflexión apenas esbozada sobre los contralímites y su nueva europeización en la previsión del art. 4.2 TUE. Se haría así justicia a las dudas y perplejidades doctrinales, toda vez que se fundan, más que en el plano teórico, en la práctica por una falta de oposición de estos límites por parte del Tribunal de Luxemburgo. Esta falta de oposición de los límites es contrastable en el caso quizá más emblemático en la tensión entre las previsiones constitucionales y la primacía del Derecho de la Unión: el caso Tanja Kreil.

Para el Juez constitucional alemán, entonces, no cabe ninguna duda de que la integración europea debe desenvolverse «según el principio de atribución específica de la competencia, sin que le resulte posible a la UE usurpar la competencia de la competencia o violar las identidades constitucionales de los Estados miembros, esto es, la identidad de la LF, resistentes a la integración» (§ 239). A la par, tampoco cabe duda alguna sobre la plena justiciabilidad, en el seno de la jurisdicción alemana, de las responsabilidades dimanantes de la integración en el caso de palmarios excesos en el ejercicio de las competencias de la Unión Europea y la garantía del núcleo intangible de la identidad constitucional de la LFB. A tal fin, el Tribunal constitucional alemán ya ha previsto el control «ultra vires»: «comoquiera que no es posible una tutela jurisdiccional a nivel de la Unión, el Bundesverfassungsgericht controla si los actos de los órganos e instituciones europeas, respetando el principio de subsidiariedad del Derecho de la Comunidad y de la Unión, se mantienen en los límites de los derechos de supremacía conferidos con la atribución específica limitada... El ejercicio de esta competencia de control, radicada en el Derecho constitucional, es acorde con el principio a favor del Derecho europeo sancionado en la LF y, por tanto, no

contraviene el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE): frente a la integración que progresa, no se pueden proteger de otra manera las estructuras políticas y constitucionales fundadoras de los Estados miembros que reconoce el art. 4.2 TUE. En el espacio europeo de justicia, las garantías del Derecho constitucional y del Derecho de la Unión en favor de la identidad constitucional nacional van, por tanto, de la mano (“hand in hand”)» (§ 240). Las consecuencias son claras: «tanto el control «ultra vires» como el control de identidad pueden tener como resultado que normas del Derecho comunitario, o en el futuro normas del Derecho de la Unión, sean declaradas inaplicables en Alemania. Para tutelar la funcionalidad del ordenamiento comunitario, una aplicación del Derecho constitucional proclive al Derecho europeo exige que tanto el juicio ultra vires como el relativo a una violación de la identidad constitucional se reserve al Bundesverfassungsgericht, respetando la noción de Derecho expresada en el art. 100.1. LF» (§ 241).

¡Bien vale esto, para aquellos que todavía hablan de veleidad a propósito de la oposición de los contralímites por parte de los jueces constitucionales nacionales a la presunta primacía plena del Derecho de la Unión Europea!

La conclusión del Tribunal alemán —cuyos argumentos nos parecen convincentes— va en la línea de que una plena legitimación del proceso de integración debe seguir las vías disciplinadas en la teoría constitucional del poder constituyente y los límites relativos, y debe ser respetuosa con la identidad política y constitucional nacional. «¡Hic Rhodus, hic salta» por el futuro del proceso de integración europea!

En verdad, quedaría preguntarse si la teoría de los contralímites releída a la luz de los Tratados de Lisboa no diseña un futuro muy similar al presente, esto es, si las previsiones sobre la europeización de los contralímites (artículos 4.2 y 6 TUE, y art. 67.1 TFUE) no atribuyen al Tribunal de Justicia más que a los tribunales constitucionales nacionales una reedición de la primacía comunitaria sobre los niveles constitucionales nacionales de los principios y derechos fundamentales por la vía de la correcta interpretación de los tratados. La respuesta que puede darse, y qua ya se ha dado ¹⁷, se re-

¹⁷ A. RANDAZZO, «La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisboa: un futuro non diverso dal presente?» en *www.diritticomparati.it*; M. RAVEIRA, «L’ordinamento dell’Unione europea...», *op. cit.*, p. 347; B. GUASTAFERRO, «Il

mite a la concreta justiciabilidad del Derecho y de la identidad constitucional de un país que resulte lesionado por un acto de la Unión, en el marco más amplio conferido por las perspectivas positivizadas en los nuevos tratados que debería, al menos en teoría, eliminar las preocupaciones de los Estados en relación con las posibles injerencias ilegítimas de la Unión.

En este caso, estaríamos en presencia de una violación no sólo del Derecho nacional sino también del parámetro del art. 4 TUE, que habilitaría a recurrir al Tribunal de Justicia, además de ofrecer las garantías en sede jurisdiccional del contralímite constitucional nacional (siempre que en la lesión estuviera en juego un principio o derecho fundamental). En este sentido, entonces, «el respeto a los principios estructurales de cada Estado gozaría de una más intensa y eficaz tutela respecto a años anteriores»¹⁸, de una protección reforzada, pues al poder acogerse como razón de vulneración en una sentencia de nulidad del Tribunal de Luxemburgo, «el principio nacional permanece sano y salvo»¹⁹. También se podría trabajar con la hipótesis, como otros han hecho, sobre la posibilidad de que el recurso fuera reenviado al tribunal constitucional nacional por parte del mismo Tribunal de Justicia para preguntarle sobre la correcta interpretación de los principios nacionales fundamentales en liza. Quedaría en todo caso la sospecha de que la previsión del art. 4 TUE de los nuevos tratados pueda llegar a justificar «un eventual desinterés de las Cortes constitucionales nacionales sobre los contralímites ...al poder (o mejor, deber) proveerlos el propio Tribunal de Justicia»²⁰.

rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”», en *www.forumcostituzionale.it*; A. SCHILLACI, «L’art. 4.2 del TUE e l’europeizzazione dei controlimiti», (*paper Granada, VII Jornadas sobre la Constitución europea. El Tratado del Lisboa, 11-12 marzo 2010*); V. BALDINI, «Il rispetto dell’identità costituzionale quale contrappeso...», *op. cit.*; A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale nel Lissabon Urteil. L’integrazione protetta», *Teoria e diritto dello Stato*, 2010, p. 20; A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e...», *op. cit.*

¹⁸ A. RANDAZZO, «La teoria dei controlimiti riletta alla luce...», *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

Por cuanto pueda ser asumible, no lo compartimos, tal como la reciente jurisprudencia constitucional alemana nos recuerda en su «espléndida lección» de Derecho constitucional. Si es así, a la espera del desenvolvimiento de la cuestión en el futuro, no se puede sino hacer una referencia al imprescindible diálogo entre Cortes²¹.

El futuro de los contralímites, «declarados pero no practicados», como bien evidencia la «sentencia Lisboa», no podrá ser tras los últimos tratados muy diverso de lo que era antes. Que sean incluso inútiles o veleidosos no resulta, sin embargo, compatible, como se podrá observar mejor después de la reflexión a propósito de las asimetrías detectadas entre principios/derechos fundamentales europeos sobre libertad económica y previsiones constitucionales nacionales sobre derechos sociales (destacadamente sobre el derecho constitucional al trabajo). En todo caso, algo cambia seguro, y es el sentido con el que se analizaba hasta aquí el proceso de integración comunitaria. Desde este punto de vista, estaríamos en una fase de transición del paradigma clásico de la «unidad en la diversidad» al paradigma postmoderno de la «diversidad en la unidad»²². Como bien se ha subrayado «termina así un cierto modelo de integración —supranacional y funcional— y los nuevos perfiles de integración deben presentar una cualidad diversa: condicionado políticamente por los valores nacionales, responsable constitucionalmente, limitado a las garantías internas de cada Estado miembro de la Unión. De hecho una «integración protegida», una integración bajo protección²³.

3. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, «PRIMAUTÉ» EUROPEA Y CONSTITUCIONES

Antes de preguntarse sobre las cuestiones propias de la teoría constitucional de las fuentes a la luz del reciente proceso de integración europeo,

²¹ A. RANDAZZO, «I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?», *www.forumcostituzionale.it*, 2007; M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Nápoles, 2012 (pendiente de publicación).

²² A. CANTARO, «Democrazia e identità costituzionale...», *op. cit.*

²³ *Ibidem.*

es preciso señalar la transformación acaecida en el debate constitucional y comunitario tras la ratificación de los nuevos tratados y la atribución de su idéntica fuerza jurídica a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Con esta visión, podríamos proponer el tradicional interrogante sobre si la incorporación (sustancial) de la Carta a los nuevos tratados puede ser considerada como una constitucionalización plena del sistema jurídico de la Unión o, cuando menos, si la misma influye significativamente en su proceso de constitucionalización erigiéndose como una suerte de fase embrionaria, de nasciturus.

A su función de límite a los actos de la Unión de los derechos contemplados en la Carta (art. 51.1) se añade ahora su función positiva, gracias a la cual conforman un espacio común de libertad, seguridad y justicia, susceptible de orientar a las instituciones europeas en el ejercicio de sus competencias (tal como confirma el art. 67.1 TFUE). Los derechos fundamentales, en esta clave, no constituyen ya sólo un mero límite a la acción de las Instituciones europeas o de los Estados miembros cuando aplican Derecho comunitario. Ahora deben, al tiempo que respetan los derechos, promoverlos «con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión» (art. 51.1 Carta)²⁴.

Esto nos lleva a la cuestión suscitada por la integración europea y la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales, en el marco de los límites y reservas legislativas y jurisdiccionales constitucionalmente establecidas. Al respecto, surge una vez más la doctrina de los contralímites acuñada por la Corte constitucional italiana, alemana (al menos hasta Solange II)²⁵ y seguida por otras jurisdicciones constitucionales, que niegan la primacía del Derecho primario de la Unión en materia de principios y derechos fundamentales constitucionalmente establecidos²⁶. El art. 4.2 TUE añade ahora el respeto de la Unión a las identi-

²⁴ M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

²⁵ BVerfGE 73, 339, Solange II, 22 de octubre de 1986.

²⁶ A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria della interpretazione», P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti*, Turín, 2003; A. RUGGERI, «Trattato costituzionale, europeiz-

dades nacionales, tanto políticas como constitucionales. En los nuevos tratados no se reitera, además, la previsión del art. I-6 de la Constitución europea (no ratificada) en la que se preveía que «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». En la Declaración Núm. 17 aneja al Tratado de Lisboa, relativa a la primacía, se recuerda que «con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia»²⁷.

zazione dei controlimiti..., cit.; A. CELOTTO, T. GROPPPI, «Diritto U.E. e diritto nazionale..., cit.; A. CELOTTO, T. GROPPPI, «Primauté e controlimiti..., *op. cit.*; M. CARTABIA, A. CELOTTO, «La giustizia costituzionale dopo Nizza», *Giur. cost.*, 2002; F. SALMONI, «La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali», P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti...*, cit.; G. AZZARITI, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel processo costituente europeo», *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, «La primauté nel Trattato di Lisbona», A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Nápoles, 2009.

²⁷ «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se colige que la prevalencia del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario mismo. Según el Tribunal, tal principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad europea. En la época de la primera sentencia de esta jurisprudencia consolidada (Costa c. ENEL, 15 de julio de 1964, causa 6/641) no existía ninguna mención a la prevalencia en los tratados. La situación no ha cambiado hasta hoy. El hecho de que el principio de prevalencia no se incluya en el futuro tratado no altera en modo alguno la vigencia del principio mismo o de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (Documento 11197/07 (JUR 260): Parecer del servicio jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Obsérvese que tanto la Declaración como la opinión confirman una orientación de la discusión, abierta por la jurisprudencia de los contralímites, sobre la prevalencia del Derecho de la Unión sobre los principios y derechos fundamentales que es pacífica en la doctrina en lo que se refiere al Derecho derivado.

Si, por tanto, el Derecho derivado de la Unión no plantea cuestiones excesivamente problemáticas, sí quedan en el aire las suscitadas por la jurisprudencia sobre los contralímites, a propósito de la controvertida primacía del Derecho de la Unión sobre los principios y derechos fundamentales nacionales. Aunque no sirva para conferir a la Carta europea de derechos fundamentales el mismo valor (siquiera simbólico) de un «bill of rights», el sistema constitucional europeo que resulta después de atribuirle «el mismo valor jurídico de los tratados» envuelve a tal ordenamiento de los derechos de una finalidad originaria, incluyendo entre sus competencias la de garantizarlos, en unidad con las garantías del mercado interior europeo²⁸.

La soberanía nacional y, con ella, las garantías brindadas a los derechos fundamentales no consienten opiniones preocupadas sobre el ulterior proceso de integración desde el momento que el sujeto singular está garantizado, en una lógica de protección multinivel, que asigna a las instituciones europeas y, sobre todo, al Tribunal de Luxemburgo el deber de ofrecer las máximas garantías a tales derechos en sintonía con la vía de interpretación del modo más favorable a los derechos humanos y libertad fundamentales, positivizado con fuerza jurídica en el art. 53 de la Carta europea de derechos fundamentales. Los mismos jueces nacionales, sean ordinarios sean constitucionales, dispondrán ahora de un nuevo parámetro cuando se trate de inaplicar una norma de la Unión a favor de la norma constitucional estimada más favorable al derecho «en una aplicación pro persona del estándar comunitario o nacional de que se trate»²⁹.

A la luz de los nuevos tratados (Lisboa), por tanto, los contralímites opuestos por la Corte constitucional a la primacía europea generalizada encuentran un nuevo y más amplio panorama en la actual perspectiva de integración, enriquecida por una Carta de derechos fundamentales. Mucho más idónea de lo que fuera la primitiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia para forjarse como garantía de un ulterior nivel de protección de los

²⁸ M. CARTABIA, *I diritti in azione...*, *op. cit.*; U. DE SIERVO, «I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali nazionali», G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.

²⁹ A. CELOTTO, «Una nuova ottica dei controlimiti...», *op. cit.*, p. 3.

derechos, en línea con los estándares más elevados conferidos tanto por las Constitucionales nacionales, como por los tratados internacionales como, sobre todo, por el Convenio europeo de derechos humanos (art. 53 Carta de derechos fundamentales de la Unión).

El nuevo Derecho de la Unión (si bien en forma menos explícita de la prevista en su día por los artículos I-5, I-6, II-111 e II-113 del Tratado constitucional) permite alcanzar algunas conclusiones ya argumentadas con claridad³⁰. En primer lugar, permanece como criterio que deberá guiar al intérprete de las relaciones entre los nuevos tratados y las constitucionales nacionales el de la «subdivisión de los respectivos ámbitos de actuación con base en el principio de competencia, permaneciendo cada ordenamiento fundado y orientado por su propia Carta constitucional»³¹. En caso de superposición de regulaciones de los diversos ordenamientos, los tratados gozan sin duda de supremacía y prevalencia sobre las Constituciones nacionales. Toda vez que la supremacía, cuando afecta al ámbito de los principios y derechos fundamentales tal como son dispuestos en cada uno de los ordenamientos constitucionales nacionales, cede a las Constituciones nacionales y a sus custodios la última palabra, en una suerte de «primacía invertida»³². Con esta visión se confirma plenamente la ya mencionada interpretación según la cual los contralímites no constituyen tanto «un muro de hormigón entre ordenamientos» como un «punto de articulación, de bi-

³⁰ M. CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali», *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 3, 2005.

³¹ M. CARTABIA, «Unità nella diversità...», *op. cit.*

³² Idem. En desarrollo de esta obra M. CARTABIA (*I diritti in azione...*, cit., pp. 57 ss.) destaca una fuerte «preocupación en lo que concierne al creacionismo jurisdiccional que el Tribunal comunitario podrá desarrollar a raíz de la nueva previsión de la carta de Niza y la mención a Estrasburgo en el Tratado de Lisboa: Es verdad que la protección de los derechos fundamentales es un cometido fundamentalmente jurisdiccional pero también es verdad que, a propósito de los derechos fundamentales, se sustancia una cuestión que precede a la tutela misma previa a la propia tutela». Así concluye el estudio introductorio al volumen citado que nos remite también a las hermosas páginas de A. BARBERA, *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Turín, 2004, pp. 19 ss.

sagra, de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros». Se convierten así en un elemento positivo y dinámico de la integración entre los respectivos ordenamientos respecto a los cuales el juez de ambos sistemas podrá reconstruir mejor y con más frecuencia el necesario diálogo entre Cortes, así como podrá nutrir la búsqueda jurisprudencial del más elevado nivel de protección en cada caso «en una aplicación «pro persona» del estándar protección comunitaria o nacional que corresponda»³³.

4. TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES, DERECHOS SOCIALES E INTEGRACIÓN EUROPEA

Las experiencias constitucionales de la segunda postguerra en Europa conformaron una evolución muy importante en las relaciones entre los individuos y el estado. A partir del constitucionalismo liberal se alcanzó, con el constitucionalismo social, una nueva concepción de la libertad, de la igualdad y de la democracia; una nueva forma de Estado, en dos palabras. En el marco de este constitucionalismo avanzado, previsor de los derechos sociales como una nueva condición constitutiva del principio constitucional de igualdad³⁴ (la igualdad sustancial requiere de un papel activo subsidiario de la República)³⁵ procede preguntarse si es posible hablar efectivamente de la existencia de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, tal como observó el Juez comunitario con base en su jurisprudencia pretoriana de los primeros años setenta (Stauder, Internationale

³³ A. CELOTTO, «Una nuova ottica dei “controlimiti”...», *op. cit.*, p. 3.

³⁴ A. CERRI, «Uguaglianza (principio costituzionale di)», *Enciclopedia Giuridica Treccani AA.VV.*, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Pádua, 2002; E. CHELI, «Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana», *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milán, 1995; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín, 2002; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Turín, 2000.

³⁵ N. BOBBIO, «Sui diritti sociali», G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Turín, 1997; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turín, 1992; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milán, 1982, p. 316.

Handelsgesellschaft, Nold)³⁶. En ella, como es sabido, reconoció la existencia de derechos fundamentales en el interior de la categoría jurídica de los principios generales, acogidos asimismo por la jurisprudencia pretoriana. La respuesta pone de manifiesto que, bien visto, en relación con los derechos sociales, no existe una tradición constitucional que pueda predicarse común a todos los Estados miembros de la Unión. El análisis comparado reconoce, de hecho, modelos diferenciados de positivación de los derechos sociales sea a través de previsiones específicas en el interior de las constituciones europeas sea través de las legislaciones nacionales. Aún más, el conjunto de las constituciones europeas no prevén garantías que abarquen toda la amalgama de derechos sociales, sino que se limitan a su reconocimiento con arreglo a estándares diferenciados (alto, medio o bajo) de acuerdo con la tradición política y cultural de cada país. Desde esta perspectiva, se podría entonces afirmar que no existe una tradición constitucional común relativa a los derechos sociales que pueda ser elegida como prototipo del constitucionalismo europeo de postguerra.

Las reformas constitucionales en el seno de algunos países (como Italia), el debate jurídico y político promovido por la reforma de los estatutos regionales en otros (como España y también Italia) revelan la cuestión esencial de la distribución de competencias en materia de derechos civiles y sociales, con especial atención al reparto territorial de las competencias legislativas y ejecutivas y a los niveles esenciales de las prestaciones, de acuerdo con la fórmula utilizada por el legislador de la reforma constitucional en Italia. Aunque fuera necesario, no podríamos tratar aquí de la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales a la luz de las tradiciones culturales y de las identidades político constitucionales nacionales «incluido el sistema de autonomía local y regional» (art. 4.2. TUE).

Dejamos abierta la cuestión del reparto de competencias entre el centro estatal y la periferia regional. Por su parte, en los análisis comparados de los temas relativos al Derecho europeo hay que remarcar que no sólo en

³⁶ G. DE VERGOTTINI, «Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea» en AA.VV., *Identità europea e tutela dei diritti. Costituzione per l'Europa e interesse nazionale*, Catanzaro, 2005; I. TRUJILLO, F. VIOLA, *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007.

los Estados de base centralizada sino también en aquellos de corte federal, el principio de unidad de ordenamiento y mercado, y en su seno la garantía de los derechos civiles y sociales, se confía, en la práctica, más que a los parlamentos, a los jueces constitucionales, toda vez que se corre el riesgo de romper el principio de igualdad interterritorial de los ciudadanos (o de los sujetos más en general) con los espacios legislativos y ejecutivos regionales³⁷.

Ahora resulta oportuno reflexionar sobre los derechos sociales a la luz de la evolución más reciente del proceso de integración europea y, en este contexto, de su positivación dentro de la Carta de derechos fundamentales con idéntica fuerza jurídica que tienen los tratados europeos.

Antes de nada, hay que dejar constancia de la lentísima aparición de tales derechos en la vida del Derecho primario europeo, que abarca desde que aparecen en el ámbito de las políticas comunitarias hasta su positivación en una Carta de derechos fundamentales candidata a erigirse en el «bill of rights» del constitucionalismo común europeo³⁸. Como se recordará, el proceso de integración europea nace en los primeros años cincuenta con una finalidad predominantemente económica, de sostenimiento a la formación y desarrollo de un mercado común europeo.

Los «constituyentes europeos» no establecieron un «listón social» más elevado en el seno de Europa y, como es sabido, se limitaron a combatir «el trato desigual (siempre que fuese) susceptible de obstaculizar el buen funcionamiento del mercado»³⁹. El silencio de los tratados originarios acerca

³⁷ Por último nuestro *Stato e diritti sociali*, Nápoles, 2009, además de S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milán, 2010.

³⁸ S. GAMBINO, «Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari» además de «La protezione dei diritti fondamentali fra Trattato costituzionale europeo e costituzioni nazionali. Prefazione», S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione...*, *op. cit.*; ID., «La Carta e le corti costituzionali. Controlimiti e protezione equivalente», G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le corti*, Taranto, 2007; S. GAMBINO, «Tendances du constitutionnalisme contemporain en France et en Europe» (*Leçon de clôture, VIIIème Congrès Français de Droit Constitutionnel*, Nancy 18 de junio de 2011, pendiente de publicación).

³⁹ Cfr. F. CARINCI, A. PIZZOLATO, «Costituzione europea e diritti sociali fondamentali», in *Lavoro e Diritto*, 2000, núm. 2, p. 286; A. D'ALOIA, «Diritti

de los derechos sociales⁴⁰ fue interrumpido primero por una valiente jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Luxemburgo a partir de los primeros años setenta. De la mitad de los años noventa en adelante, (sobretudo) con los Tratados de Ámsterdam y de Niza, el legislador europeo se ocupa de positivizar una orientación similar a la jurisprudencia, alcanzando, sea en el ámbito de las previsiones de una «política social europea», en el entendido de que existen derechos sociales, sea como se definieron en la Carta social europea (1961) o en la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989). Probablemente, por tanto, los primeros constituyentes demostraron una confianza excesiva en el papel propulsor del mercado y su relativa capacidad de crear condiciones sociales adecuadas para la cohesión e integración social y económica.

Tomados desde un punto de vista jurídico-constitucional, los derechos sociales, contrastan, al menos hasta el Tratado de Lisboa, con su concepción y estatus jurídico constitucional en los ordenamientos contemporáneos de Europa⁴¹. Con un acercamiento un tanto discutible, algún autor ha lle-

sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo», in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Nápoles, 2002, p. 852, vol. 1, t. 3.

⁴⁰ Federico Mancini hablaba incisivamente de la «frigidez social» de Europa (así en «L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri», *RDE*, núm. 3 1989).

⁴¹ 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; F.-F. FLAUSS, J.F. FLAUSS (a cura di), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruselas, 2002; AA.VV., *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*, Estrasburgo, 2001; I.J. BAQUERO CRUZ, «La protección de los derechos sociales en la Comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam», *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 4, 1998; S. SCIARRA, «La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law», *IWP* (Universidad de Catania), núm. 16, 2003; 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*, Bolonia, 2003; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bolonia, 2012; S. GIUBBONI, «I diritti sociali fondamentali

gado a hablar de su «funcionalización» en torno a las exigencias de desarrollo económico y competitividad del mercado común europeo. El Tratado de Lisboa, evidentemente, supone una positivación de los derechos fundamentales clásicos, tanto por la vía de las previsiones de la Carta de los derechos fundamentales ahora juridificada, como por las garantías de los derechos fundamentales previstas en el Convenio de Roma (CEDH) y que también forman parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales, como, por último, por la vía de las garantías de los derechos previstos y protegidos por las disposiciones específicas en la materia previstas en los tratados. Se confirma entonces que los derechos, las libertades y los principios de la Carta son interpretables según las disposiciones generales de su Título VII, en el sentido de las explicaciones a las que se refiere la Carta misma. Su artículo 53 constituye la palanca necesaria para la individualización del parámetro de protección más elevado para la persona.

Este análisis puede acompañarse ahora de alguna breve reflexión de corte comparado. Desde tal perspectiva, queda claro que no puede hacerse una auténtica confrontación entre las garantías aseguradas en la Carta de derechos fundamentales de la Unión y aquellas aseguradas en las constituciones nacionales, en conexión con las conferidas por las jurisdicciones constitucionales. Se verá de inmediato al tratar de la relación entre derechos sociales y mercado. Por ahora se puede decir que con los nuevos tratados se registra una positivación de los derechos fundamentales, pero los catálogos de tales derechos no se corresponden con los previstos en las constituciones nacionales. En relación con estas últimas, faltan en la Carta europea de derechos principios fundamentales que puedan servir como criterio hermenéutico jurisprudencial a seguir en la comparación entre las diversas

nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza», in *Il diritto dell'U.E.*, nn. 2-3, 2003; C. SALAZAR, «I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un "viaggio al termine della notte"», G. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán, 2001; G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione...*, *op. cit.*; G. BRONZINI, «Il modello sociale europeo», F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2008.

protecciones previstas en materia de derechos fundamentales europeos. La consecuencia es que estos últimos derechos se consideran todos ellos igualmente fundamentales y se difiere la necesaria valoración al juez de cada caso, según un principio de proporcionalidad que por esta razón se perfila como «invertido», a decir de la más convincente crítica doctrinal ⁴².

En resumen, también desde la óptica de las nuevas disposiciones en derechos sociales establecidos en los nuevos tratados estamos bastante cerca de las formas más débiles de protección de los derechos sociales, de suerte que el art. 151 TFUE prevé que «la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones». De cara a la realización de tan complicado objetivo, además, en el párrafo segundo se añade que «la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión». Así, el marco normativo europeo permanece anclado a una evolución muy lenta del Derecho de la Unión en torno a las políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos, en relación con cuya protección procede preguntarse sobre la prevalencia del Derecho constitucional nacional o, en su caso, sobre la del Derecho primario de la Unión, en el caso de antinomias o regulaciones asimétricas.

⁴² G. AZZARITI, «Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea», *Scritti in onore di Alessandro Pace* (pendiente de publicación) y «Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza», M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Tourín, 2003; *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, Pol. dir., núm.3, 2003.

En lo que concierne al rol de la jurisdicción europea y a la garantía de la eficacia de los derechos sociales, la doctrina constitucional y sobre todo la laboral hace tiempo que señalan que al menos los derechos de naturaleza laboral han experimentado «infiltraciones» del Derecho de la competencia y del mercado que altera significativamente su consistencia⁴³. Los nuevos tratados, en fin, demuestran que todavía estamos en presencia de formas débiles de protección de los derechos sociales y en todo caso poco comparables con la protección de la que gozan las tradiciones constitucionales europeas. El marco depende por tanto de la lenta evolución institucional (y política) de la Unión hacia políticas de desarrollo y cohesión compatibles con los derechos.

En una primera consideración conclusiva podemos afirmar que el art. 20 de la Carta de derechos en materia de igualdad constituye, en el fondo, un retroceso significativo respecto a las garantías de los estándares más elevados asegurados por las constitucionales sociales europeas contemporáneas. En una similar valoración crítica ha de tenerse en cuenta el importante espacio conferido por la jurisdicción comunitaria y convencional. En desarrollo de esta jurisprudencia, la Corte Europea pero sobre todo el Tribunal de Justicia podrán quizá auspiciar una impronta al avance de los derechos fundamentales que parece más plausible a la luz de juridificación de los derechos fundamentales en el primer nivel de la Unión.

El Tribunal de Luxemburgo, de otro lado, cotejaba y comparaba desde hace tiempo las exigencias económicas con los derechos sociales, además de en la jurisprudencia sobre prohibición de discriminación (igualdad hombre-mujer) en la resolución de conflictos sobre protección al trabajador (providencia social pública, vacaciones pagadas, contratación colectiva)⁴⁴. Con

⁴³ Vid. la jurisprudencia *Dassonville* —C-8/74 del 11.7.1974— y sobre todo *Cassis de Dijon* —C-120/78 del 20.2.1979—, solo atenuada después en *Keck e Mithouard* —C-267 e 268/91 del 24.11.1993—. En este sentido, la doctrina, *vid.* sobre todo S. GIUBBONI, *Diritti sociali e...*, *op. cit.*

⁴⁴ Entre otros, C-67/96 del 21.9.1999 *Albany International BV*; C-173/99 del 26.6.2001, *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry*. *Vid.* al respect también J. ILIOPOULOS-STRANGAS, «La Charte des droits fondamentaux...», *op. cit.*, además del ya citado U. Allegretti (para quien resulta del todo misterioso y paradójico

todo, a diferencia de los derechos de primera generación, se ha afirmado, acertadamente⁴⁵, que la protección de los derechos sociales es solo «indirecta y puramente eventual, pues los vínculos reconocidos no se conectan directamente con la defensa de tales derechos sociales sino sólo se juzgan relevantes en la medida en que sea reconducibles a intereses públicos ligados a determinadas políticas de la Unión».

El cuadro normativo comunitario de los derechos sociales suscita mucha perplejidad, sea por lo que se refiere a la regulación positiva de tales posiciones jurídicas de naturaleza prestacional, sea por lo que atañe a la extensión misma del carácter de derechos inviolables y por tanto de principios supremos constitutivos del ordenamiento democrático, sea, en fin, por cuanto concierne a su efectiva justiciabilidad. Pero antes que nada, se suscita la cuestión central de la naturaleza de los correspondientes contenidos normativos de los principios fundamentales en que se inspiran. Surge así la pregunta de si existe un engarce entre el principio de igualdad formal y el principio de igualdad sustancial del estilo del que hay en las tradiciones constitucionales comunes más avanzadas de la UE⁴⁶. Si los derechos sociales comunitarios tal como son reconocidos en la Carta europea de dere-

cómo el modelo social europeo de los primeros tratados comunitarios fuera totalmente excéntrico respecto a las afirmaciones en curso de aquellos años sobre el estado social), G. BRONZINI, «Il “modello sociale europeo”», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea...*, *op. cit.* y del mismo autor A., «Il modello sociale europeo», F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee...*, *op. cit.*; M. BARBERA, *Dopo Amsterdam: i nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato...*, *op. cit.*; del mismo autor *vid.* «Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea», AA.VV., *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2007.

⁴⁵ U. ALLEGRETTI, «I diritti sociali», *www.luiss.it*.

⁴⁶ En este sentido, *vid.* también G. AZZARITI, «Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza», M. SICLARI, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Turín, 2003, a juicio de quien las disposiciones de la carta sobre igualdad sustancial (artículos 20, 21 23) parecen limitarlo al único ámbito «de las relaciones entre sexos y exclusivamente en la forma específica de la acción positiva» (p. 71).

chos se limitan a realizar el principio de igualdad, entendido en el sentido originario de prohibición de discriminación entre sujetos, o si acogen ese sentido de igualdad sustancial que está en la base del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra, y que implica una cobertura del gasto y, por tanto, la existencia en el vértice de la Unión Europea de una competencia en la materia (que no podría resultar lesiva de la competencia constitucional de cada Estado miembro) ⁴⁷.

A diferencia de lo proclamado en las diversas constituciones (liberales) y en aquellas que alumbraron el constitucionalismo posterior al segundo conflicto mundial (socialdemócratas), no formaba parte de la finalidad originaria de los tratados ni la enunciación de un principio general de igualdad ni mucho menos la previsión de un principio general de prohibición de discriminación, a excepción claro está del principio de nacionalidad (aunque fuera una cláusula implícita). Es el Tribunal de Luxemburgo, como se recordará, quien, al igual que hiciera con la protección de los derechos fundamentales en la Unión, lo identifica como especio del más amplio género de los principios generales del Derecho de la Unión, conformando el patrimonio mismo de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros ⁴⁸.

Si es indudable la relevancia de la aportación del patrimonio constitucional europeo a la formación de tales principios, y con ellos a la conformación del «bloque de comunitariedad» acuñado por el Tribunal de Luxemburgo

⁴⁷ Entre la amplia bibliografía al respecto, recientemente O. POLLICINO, «Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale», *www.forumcostituzionale.it* y V. ONIDA «L'eguaglianza ed il principio di non discriminazione», in *www.luiss.it*; A. SACCOMANNO, «Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario», C. DI TURI, «La protezione dei diritti sociali fondamentali a livello internazionale ed europeo», ambos en S. GAMBINO, *Costituzione italiana...*, *op. cit.*

⁴⁸ *Vid.* Sentencias. Sermide SPA c. Cassa Conguaglio, C-106/83, in Racc., I-1984; sent. Racke, 13-11-1984 C-283/83, en Racc., I-3791; sent. 17-5-1997. EARL, C-15/95, en Racc. I-1961. En idéntico sentido, las Conclusiones del Abogado General Van Gerven del 15-9-1993 en la causa Koinopaxia Enoseon et all v. Minister van LandBouw, C-146/91, en Racc. I-4199.

go, menos tratado (y por ello con mayor interés científico) es la contribución de esta jurisprudencia a las jurisprudencias constitucionales nacionales, todavía muy apegadas a la dimensión de la prohibición de discriminación del art. 3 de la Constitución [italiana], como se observa por ejemplo en materia de prohibición de discriminación en el acceso a cargos electos.

5. DERECHOS SOCIALES Y MERCADO: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN, EL TJUE Y LAS CONSTITUCIONES NACIONALES

Por traer a colación, siquiera en esencia, la cuestión de la eficacia de la tutela judicial⁴⁹ de las pretensiones de los sujetos, se observa cómo en la evolución más reciente del proceso de integración (y probablemente por tiempo todavía considerable en el futuro mismo del Derecho de la Unión) se parece remitir a una ulterior valoración del sistema jurisdiccional, en cuyo seno se podrá asistir, casi inevitablemente, a un nuevo protagonismo tanto del Tribunal de Justicia de la Unión como de los jueces nacionales. Esta relevancia se podrá expresar en la fase ascendente, cuando el juez nacional se adhiere al criterio del comunitario, incluso cuando el juez nacional es el juez constitucional, a través del instrumento de la cuestión prejudicial (que ahora cuenta con nuevas y todavía más complejas disposiciones sobre las que ejercitarse). Y también podrá ponerse de manifiesto, sobre todo, en la fase descendente, relativa a la no aplicación del Derecho interno por contravenir la normativa de la Unión, que ya abarca tanto a las disposiciones de garantía de los derechos como a las que proclaman principios.

En lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno (inaplicación del Derecho interno por contravenir normativa europea en materia de derechos) no hay ninguna objeción digna de tener en cuenta, pues contamos con una jurisprudencia más que consolidada.

⁴⁹ Entre otros, «Giurisdizione e “Giustizia fra Trattato di Lisbona, CEDU e ordinamenti nazionali», *La cittadinanza europea*, núm. 1-2, 2010.

De la sentencia *Van Gend en Loos*⁵⁰ y la sentencia *Costa/Enel*⁵¹ en adelante, la prevalencia y aplicabilidad directa del Derecho de la Unión constituye un principio fundamental plenamente conformado e identificado en el acervo europeo.

Respecto a la vigencia del Derecho primario de la Unión sobre la normativa nacional ante una eventual antinomia, la Corte constitucional, en efecto, asume que el juez ordinario tiene el poder de desaplicar las leyes contrarias sin que se le exija que eleve cuestión de inconstitucionalidad por violación del art. 11 de la Constitución

Hay que mencionar en este orden de ideas el importante «considerando» de la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁵² y la sentencia *Tanja Kreil*⁵³, así como las más recientes *Omega*⁵⁴ e *Schmidberger*⁵⁵, en las que la dignidad humana además de la libertad de expresión y de reunión, en tanto valores y bienes jurídicos fundamentales, son asumidos como parámetro para justificar una restricción de una de las libertades proclamadas en los tratados (en concreto, la libertad de establecimiento y de circulación de mercancías). En el caso *Omega* se plantea la cuestión de si prohibir el ejercicio de una actividad económica basándose en la necesidad de proteger valores fundamentales consagrados en la Constitución nacional como, en aquél supuesto, la dignidad humana era compatible con el Derecho de la Unión. Y el Tribunal de Justicia no vacila en asumir que «el ordenamiento jurídico comunitario tiene, sin duda, el fin de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho. Por tanto, es indudable que la protección de la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario, siendo relevante a estos efectos que, en Alemania, el principio de respeto a la dignidad humana goza de un régimen particular como derecho fundamental autónomo» y, por tanto, «de un lado, la prohibición de explotación comercial de juegos que compartan la simulación de actos de

⁵⁰ Sentencia de 5 de febrero de 1963, causa 26/62, Racc., 1963, p. 3.

⁵¹ Sentencia de 15 de julio de 1964, causa 6/64, Racc., 1964, p. 1160.

⁵² Sentencia de 17 diciembre 1970, C-11/70, § 3.

⁵³ Sentencia de 11 de enero de 2000, C-285/98

⁵⁴ Sentencia de 14 de octubre de 2004, C-36/02.

⁵⁵ Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/2000.

violencia contra las personas, especialmente homicidios, corresponde al nivel de tutela de la dignidad humana que la Constitución nacional pretende asegurar en el territorio de la República federal de Alemania. De otro lado, es preciso constatar que, prohibiendo sólo la variante del juego láser orientada a tirotear humanos y por tanto a asesinar, la decisión controvertida no se ha excedido de lo necesario para conseguir el objetivo propuesto por las autoridades nacionales competentes».

Desde nuestra específica óptica de análisis es de recibo profundizar en las relaciones entre las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, con especial atención a sus previsiones de protección de los derechos fundamentales (y, como derechos sociales, sobre todo al derecho de huelga y negociación colectiva) y el Derecho y la jurisprudencia de la Unión. Así lo haremos por medio del ejemplo de algunas sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión que ponen de manifiesto una evidente asimetría entre las libertades económicas y los derechos sociales tal como están asegurados por los principios y las normas del Derecho de la Unión y sus respectivas protecciones constitucionales nacionales. Toda vez que las tradiciones constitucionales deben ser respetadas con arreglo a lo dispuesto en el art. 4 del nuevo Tratado de la Unión.

En esta misma línea jurisprudencial acuñada en el Tribunal de Justicia pueden mencionarse algunas sentencias ya tratadas en detalle por la doctrina laboral y constitucional (sentencias Viking⁵⁶, Laval⁵⁷, Rüffert⁵⁸ y Commission c. Republica federal de Alemania)⁵⁹. A su vez, este elenco de sentencias revela una tendencia en la evolución del constitucionalismo europeo hacia una jurisdiccionalización del Derecho constitucional, acercándose al common law desde el originario civil law. Cobra así sentido la pregunta de si se puede o no reconocer sólo al Juez comunitario la interpretación de las nociones y garantías previstas en los tratados europeos y en las constituciones nacionales sobre el complejo equilibrio entre derecho al trabajo, dere-

⁵⁶ CGCE, 11 de diciembre de 2007, C-438/05

⁵⁷ CGCE, 18 de diciembre de 2007, C-341/05.

⁵⁸ CGCE, 3 de abril de 2008, C-346/06.

⁵⁹ CGCE, 15 de julio de 2010, C-271/08.

cho de la competencia y libertad de establecimiento. También procede preguntarse si la Carta europea de derechos fundamentales y su empleo como parámetro de legitimidad por el Tribunal de Justicia no incurre en el riesgo de despreciar las Constituciones nacionales (o la protección de los derechos, como la negociación colectiva, que aquellas prevén) que desde luego no sería (no debería ser) de recibo a la luz de los artículos 52 y 53 de la Carta y el constitucionalismo multinivel allí previsto como criterio interpretativo. Estas últimas previsiones normativas obligarían (obligan) al Juez constitucional de cada país a aplicar las garantías de los contralímites al igual que la previsión de respeto de la identidad nacional política y constitucional (art. 4.2. TUE).

En relación con todas estas preguntas, la doctrina italiana (constitucional y laboral) insiste en la asimetría entre las tradiciones y garantías constitucionales de los Estados y la cultura y las garantías del Derecho primario de la Unión y destaca cómo la asimetría similar entre las garantías de las libertades económicas de los tratados y los derechos sociales se encuentra con un límite (implícito al menos) en la formulación positiva de la Carta de derechos fundamentales de la Unión «con la innovadora calificación de los derechos en categorías de valor» que nos propone⁶⁰.

En sentido parecido, el objetivo que persiguió en su día la Convención de Laeken y que persiguen hoy los nuevos tratados, así como las garantías aseguradas en la Carta (en su situar en el mismo plano todos los derechos fundamentales en ausencia de ponderación entre ellos) constituye sólo «un progreso aparente» en relación con lo dispuesto por tratados precedentes, con la consecuencia (teórica y práctica) de que «no volverá a ser posible sacar del «texto constitucional» o de la «esencia constitucional» (a lo que ambiciona ser la Carta) una gradación de los derechos; no volverá a ser posible individualizar los principios que prevalecen, los que caracterizan el ordenamiento constitucional... todos los derechos situados en el mismo nivel, todos los fundamentos sin distinción, no volverá a ser posible ponderar los derechos... Una vez perdidas las propias bases textuales y el relativo tejido argumentativo, la ponderación podrá ser justificada sólo sobre la

⁶⁰ G. AZZARITI, «Le garanzie del lavoro tra costituzioni...», *op. cit.*, p. 8.

base de las diferentes enunciaciones de los derechos alineados uno detrás de otro, todos exactamente igual de fundamentales... Resultará así no una ponderación «libre» sino una en que los términos serán definidos —y hasta forjados— por el mismo juez ⁶¹.

Con la remisión en este modo a un problemático equilibrio entre valores, conferido sólo al diálogo entre el Juez comunitario y los jueces nacionales el Derecho comunitario renuncia a dotarse de una «ley superior» y se termina ⁶² «por asignar a las Cortes el papel decisivo de determinar los derechos con base en el criterio jurisprudencial de la «proporcionalidad»... pero una proporcionalidad invertida porque se puede usar libremente ante la ausencia de prescripciones sistemáticas que puedan orientar al juez» ⁶³.

Tal asimetría en el parámetro positivo y en la relativa garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales sociales en los niveles constitucionales nacionales y en el europeo llama inevitablemente la atención de la doctrina constitucional sobre los límites necesarios oponibles a la pretendida primacía plena del Derecho de la Unión sobre las libertades y los derechos de los que se ocupan las constitucionales nacionales.

Con la indicación al juez de la cuestión prejudicial de que verifique la proporcionalidad de la huelga en relación con su adecuación para asegurar el ejercicio de una libertad comunitaria fundamental (la libertad de establecimiento), el Tribunal de Justicia de la Unión, recurriendo al juicio de proporcionalidad, especialmente en la sentencia Viking, termina por entrar directamente en el fondo de la cuestión. Se abre así a «un control penetrante e inédito del juez natural sobre las estrategias de la lucha sindical» perseguidas por las partes sociales en conflicto ⁶⁴. El riesgo evidente de similar

⁶¹ Idem, p. 5.

⁶² Idem, p. 9.

⁶³ Idem, pp. 9-10.

⁶⁴ S. GIUBBONI, «Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato», A. ANDREONI, B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo, Roma, 2009, p. 123.

jurisprudencia es, por tanto, que «con la intermediación del principio de proporcionalidad, se impone una reformulación del derecho de huelga en términos del inmenso valor que se concede a la solución de las controversias colectivas en los ordenamientos, como el italiano, en que tal principio no existe (al menos en el sector privado)»⁶⁵. Lo que lleva a una gran parte de la doctrina laboral a hablar de una auténtica y real degradación del derecho constitucional de huelga (garantizado por el ordenamiento italiano en el art. 40 Cost.) a la consideración de mero «interés», que merecería protección «siempre que no exceda de los límites estrechos que a su ejercicio imponen los principios de adecuación y proporcionalidad»⁶⁶.

En una valoración muy crítica de la orientación jurisprudencial de Luxemburgo por lo que concierne al equilibrio entre las libertades económicas comunitarias y los derechos sociales constitucionalmente protegidos, en la perspectiva del art. 6.1. TUE y art. 28 de la Carta, argumentos convincentes denuncian el auténtico error lógico en que incurre, al no considerar los derechos sociales al mismo nivel que los derechos humanos, tal como se ha recordado antes con las sentencias Omega e Schmidberger. Además, es de recibo destacar que lo que revelan las sentencias examinadas (Viking, Laval, Ruffert) no es tanto la falta de reconocimiento del derecho de huelga sino el tipo de equilibrio al que se le somete en relación con el derecho de establecimiento protegido en el Derecho de la Unión, y que termina por degradar la efectividad de la garantía constitucional reconocida al derecho de negociación colectiva, protegido en el art. 28 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

⁶⁵ G. ORLANDINI, «Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, para quien en las dos sentencias (Viking y Laval) «el reconocimiento del derecho de huelga en la Unión resulta cómica, si puede considerarse así que sea usado para negar su posibilidad de ejercicio mismo» (p. 281).

⁶⁶ S. GIUBBONI, «Dopo Viking, Laval e Ruffert...», *op. cit.*, p. 124; B. CARUSO, «Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?», E A. ANDREONI, B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali...*, *op. cit.*, p. 111.

6. TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y LOS TRATADOS EUROPEOS: REFLEXIONES FINALES

¿«*Quid iuris*», entonces, con respecto al ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional en presencia de principios o derechos fundamentales de la Unión Europea? La respuesta más plausible a este interrogante, en relación con el derecho vigente (art. 51, 52 y 53 de la Carta) nos lleva a estimar tanto que los mismos puedan conformar materia propia de la cuestión prejudicial como que puedan erigirse en pauta interpretativa de los actos sometidos a su consideración («interpretación conforme al Derecho comunitario»). Precisamente en este espacio se discuten significativas cuestiones situadas en la intersección de los derechos y principios fundamentales del Derecho de la Unión (entre otros piénsese en el bioderecho o el derecho de familia) con los constitucionales propios de cada país miembro, protegidos en una norma que goza de rigidez constitucional y control jurisdiccional de la constitucionalidad de la leyes. Así, de un lado nos encontramos con el Tribunal de Justicia presidiendo el respeto al Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados europeos, y de otra, a los jueces de los Estados miembros llamados a asegurar una tutela jurisdiccional efectiva en los sectores regulados por el Derecho de la Unión Europea. Siempre en el terreno de las conocidas como «cláusulas horizontales» (art. 52.6 Carta), nos encontramos a la vez con que se establece que ha de tenerse en cuenta tanto la legislación como las prácticas nacionales. Por su parte, resulta decisiva la disposición de la Carta relativa al «nivel de protección» de los derechos (art. 53), según la cual «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

«Nulla quaestio», por tanto, acerca del nivel de protección de los derechos fundamentales de la Unión. Se protegen de acuerdo con el estándar

más elevado y dando preferencia a las garantías constitucionales de cada país y con la preferencia del parámetro comunitario cuando estemos ante nuevos derechos, además de lo dispuesto por el Convenio Europeo y por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

La expansión del rol del juez ordinario parece encontrar, por tanto, un espacio propio en la intersección de sendos ordenamientos jurídicos. Cada vez que la norma adecuada para la resolución del caso concreto se haya de evaluar en relación con la sospecha de una lesión de los principios o derechos fundamentales de la Constitución nacional, entonces el procedimiento es el recurso ante el Tribunal Constitucional. El cual, tratando de superar su actual línea jurisprudencial en los casos de «doble prejudicialidad comunitaria y constitucional»⁶⁷, debería entrar en el fondo de la cuestión planteada, prescindiendo de si la norma de la Unión tiene o no efectos directos. Incluso, si la norma que haya de usarse como parámetro no recae expresamente en un entorno constitucional ya conocido (sea normativo sea jurisprudencial), se abre más de una puerta para que el juez acuda al Tribunal de Justicia bien mediante la cuestión prejudicial o bien mediante la resolución del conflicto por medio de una interpretación conforme a las disposiciones de los tratados. Como se verá, se inaugura el horizonte completamente nuevo de un control difuso de la constitucionalidad europea. No resulta de todo imposible, tal como ha subrayado Augusto Barbera, el posible riesgo de sustracción al control de constitucionalidad al hilo del margen reconocido al juez ordinario⁶⁸.

Invocando la doctrina más autorizada que hasta ahora se ha ocupado de estos asuntos, podemos ofrecer alguna conclusión. Con respecto a la fuerza jurídica ligada a las disposiciones generales de la Carta, la cuestión cen-

⁶⁷ M. CARTABIA, «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale», *Foro it.*, 1997, p. 222; A. BARBERA, «Corte costituzionale e giudici di fronte ai “vincoli comunitari”: una ridefinizione dei confini?», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2007.

⁶⁸ A. BARBERA, «Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti», P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milán, 2005, p. 95. Del mismo autor, «Corte costituzionale e giudici di fronte ai “vincoli comunitari”: una ridefinizione dei confini?», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2007.

tral sigue siendo la de la relación que existe a nivel de la Unión, entre la protección de los derechos fundamentales, las demás disposiciones constitucionales europeas y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, además de la estrictamente relacionada cuestión de si se prevé o no un control de constitucionalidad comunitario sobre los actos normativos ordinarios. De todo lo cual podría concluirse que tal control constituye un síntoma evidente de un proceso de constitucionalización europeo que, si no puede ciertamente considerarse acabado ahora, se encamina indudablemente hacia los contralímites oponibles por los niveles nacionales de protección constitucional de los derechos y principios constitucionales. Como ha observado en efecto Valerio Onida «Este parece el momento esencial de nacimiento de la verdadera Constitución: hasta que no haya un juez que pueda acudir a la Constitución para contrastar la legalidad de otro acto, incluido legislativo, el documento no deja de ser una declaración política; se convierte en un documento jurídico cuando este control sea posible»⁶⁹.

Por tanto, que se coloque al Tribunal de Justicia al frente de una jurisdicción constitucional europea parece una cuestión fuera de duda. Que tal jurisdicción funda en una sola la competencia sobre el mérito y sobre la legitimidad* (de los actos de la Unión respecto al propio Derecho) es igualmente indudable. Por ahora, más que la determinación del contenido de los derechos, el problema no resuelto (y que podrá suscitar eventuales pronunciamientos divergentes entre las distintas jurisdicciones que aplican el Derecho de la Unión y el convencional) se refiere a la «relación entre las diversas enunciaciones de los mismos derechos entre las diversas jurisdicciones de derechos» y, en particular, a la relación entre el Tribunal de la Unión,

⁶⁹ V. ONIDA, «Il problema della giurisdizione», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea...*, *op. cit.*; V. ONIDA, «I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona...», *op. cit.*

* N. de la T: En el sistema de justicia administrativa italiano se diferencia entre jurisdicción de mérito y de legitimidad en función del tipo de vicio que se achaca al acto impugnado. La jurisdicción de legitimidad controla los llamados vicios jurídicos (violación de ley, incompetencia, exceso de poder) y la jurisdicción de mérito, por su parte, los conocidos como vicios administrativos (incumplimiento de las reglas de buena administración).

Tribunales constitucionales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Respecto a estas cuestiones, es oportuno revelar lo problemáticas que son las soluciones de reforma que recogen los tratados a fin de garantizar la efectiva tutela de los derechos (incorporados ahora con la técnica del reconocimiento a la Carta del mismo valor jurídico de los tratados) en el ámbito europeo. El Tribunal de Luxemburgo estaría inevitablemente llamado a asumir la delicada tarea de garantizar los contenidos normativos de la Carta, convertida ahora «pleno iure» en Derecho de la Unión; y no sería de recibo que lo hiciera la Corte de Estrasburgo o una Corte «ad hoc» (una suerte de Corte europea bis), tal como sugiere algún autor. Múltiples elementos obstaculizarían el eficaz desempeño de esta tarea en que las nuevas disposiciones del tratado no añadirían ninguna garantía real de mejoramiento.

En cuanto al control de los jueces nacionales, la doctrina autorizada se ha preguntado si el nuevo ordenamiento de los derechos fundamentales de la Unión no les autoriza, en un control que se tornaría en uno de constitucionalidad difuso, a inapalicar el Derecho nacional si contrasta con el Derecho de la Unión en el ámbito de los derechos fundamentales. En los ordenamientos europeos, se entreabriría una vía inédita a formas de control difuso de la constitucionalidad europea de las leyes «que ciertamente aumentará, a medida que los magistrados y los abogados de varios países completen este proceso de maduración que les llevará a usar mejor estas técnicas hasta ahora poco conocidas»⁷⁰. En Italia, esta perspectiva se ha reforzado con la reforma del art. 117 de la Constitución.

Estas tendencias doctrinales abiertas a un nuevo marco europeo —que sigue siendo bajo muchos puntos de vista incierto y ambiguo en lo que a la relación entre jurisdicciones nacional/UE/convencional y a la protección de los derechos fundamentales se refiere— no hacen sino subrayar, aunque sea en modo implícito, el persistente déficit regulador del Derecho de la Unión y la insuficiencia de las vías de recurso disponibles para reivindicar los derechos fundamentales. Tras las incertidumbres en la materia de sus predecesores, los nuevos tratados no parecen haber dado grandes saltos

⁷⁰ A. PIZZORUSSO, «Una Costituzione “ottriata”», E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea...*, *op. cit.*, p. 39.

hacia delante en este sentido. Estas consideraciones nos llevan una vez más a la necesidad de positivización de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión, cuya garantía no puede sino traer a la causa el valor de la Constitución y por tanto de formas adecuadas de legitimación política de los tratados. Se argumenta, en conclusión, que hablar de los derechos y de la Constitución en el ámbito de la Unión significa preguntarse sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el planteamiento funcional que desde sus orígenes la ha caracterizado, y pasando a redefinir las fuentes de legitimación y consolidar valores fundacionales (respetando y exprimiendo realmente las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y ahora también las identidades nacionales, políticas y constitucionales).

Resumen:

Este trabajo aborda el problema clásico de las relaciones entre ordenamientos, en especial de las Constituciones estatales en relación con los Tratados, a la luz de las últimas reformas introducidas por el Tratado de Lisboa. El punto de partida es una larga valoración sobre la defensa del principio democrático realizada en la Sentencia «Lisboa» del Tribunal Constitucional Federal alemán. A continuación, analiza las consecuencias que puede tener la introducción de la Carta como parte de los Tratados en la articulación de las relaciones entre ordenamientos y la operatividad de la tesis de los contralímites. Finalmente, se concentra en proyectar la cuestión sobre el específico problema de los derechos sociales y su desconstitucionalización a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Palabras Clave: *Relación entre ordenamientos, identidad constitucional, primacía, Carta de derechos fundamentales, derechos sociales*

Abstract:

This paper approaches the classic topic of the relationship between legal orders, for all, the relationship between State Constitutions and the Treaties after the new regulations introduced in the Treaty of Lisbon. The starting point is a long evaluation of the democratic principle in the Lisbon decision of the German Federal Constitutional Court. Secondly, the paper takes account of the influence of the Fundamental Rights Charter on the European law primacy and its relation with the States constitutional identity. Finally, the author projects the problems on the specific question of social rights and its constitutional demobilization under the pressure of the European Court.

Keywords: *Legal orders, State Constitutions identity, primacy, Fundamental Rights Charter, Social rights*