

CONSTITUCIÓN EUROPEA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. INDICACIONES Y APUNTES*

POR

ALESSANDRO PACE

Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho
de la Universidad «La Sapienza» de Roma

1. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA NO ES UNA CONSTITUCIÓN...

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, que entrará en vigor tras el depósito de todos los instrumentos de ratificación y, en cualquier caso, no antes del 1 de noviembre de 2006, está formado por cuatro partes. La primera (arts. 1-60), que en buena medida da cuenta de las disposiciones ubicadas en las partes sucesivas de la Constitución, es importante porque expresa los objetivos y los valores fundamentales de la Unión, determina sus atribuciones y, en el ámbito de ellas, ordena las competencias de los órganos de la Unión Europea disciplinando los actos correspondientes; la segunda (arts. 61-114) opera una recepción literal, con algunas modificaciones marginales, del texto completo de la

* Este trabajo tiene su base en la ponencia presentada en el Congreso de estudio en homenaje a Giuseppe Benedetti, celebrado en Florencia el 26 de noviembre de 2004, y cuyas actas se encuentran en curso de publicación en el volumen colectivo «*Contratto e Costituzione europea*» (a cargo de G. Vettori), Cedam, Padova, 2005. Traducción del original italiano por Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia).

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFU); la tercera (arts. 115-436) reproduce íntegramente 283 de 321 artículos del TCE y del TUE, relativos a las políticas y al funcionamiento de los órganos de la Unión, especificando en parte a través de los artículos 330 a 401, normas ya explicitadas en la primera parte (arts. 330-401); la cuarta parte contiene las disposiciones generales y finales (derogaciones, regímenes de sucesión y continuidad jurídica, ámbitos de aplicación, procedimientos de revisión, etc.).

Por más que no pueda reiterarse lo ya dicho a propósito de la Carta de Niza —o sea, en sustancia, que se trataría únicamente de un mero texto único sólo en algunas partes innovador¹—, me produciría en cambio cierta perplejidad el individualizar en la nueva Constitución europea aquel *beginning* que Thomas Paine identificaba como momento fundador de un nuevo orden político-institucional de un ordenamiento jurídico², y ello porque ese *beginning* presupone la existencia de un *demos* que sigue faltándole a Europa³.

A ello cabría añadir que, a tal respecto, suscitan asimismo perplejidad las características exteriores del documento, que son inconcebibles para una constitución: la inusual extensión del texto, lo extremadamente detallado de parte de su articulado, el número relevante de artículos traídos pura y simplemente de los tratados hasta ese momento vigentes (353 de 448), la repetición de la misma disciplina en diversas partes de la Constitución, la inserción íntegra de la Carta de Niza en la parte II (sin tan siquiera sustituir el vocablo «Carta» por el de «Constitución»)... Una objeción, ésta atinente a las características exteriores, que no es en absoluto banal (¡las formas y los símbolos son mucho más que algo irrelevante en la historia de las instituciones!) si, a tal res-

¹ PACE, A.: «A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Apunti preliminari», *Giur. Cost.*, 2001, pp. 194 ss. (trad. esp.: *¿Para qué sirve la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares in Teoría y Realidad Constitucional*, n. 7, 2001, pp. 217 ss.)

² PAINE, T.: *I diritti dell'uomo*, II parte (*Rights of man*, Part Two, ch. 4Th, 1791-92), trad. it. M. Astrologo, Editori riuniti, Roma, 1978, p. 256. Obviamente, la identificación de la Constitución con el momento fundador del «ordenamiento» e inexacta desde el punto de vista teórico, puesto que las modificaciones constitucionales no inciden en la continuidad del ordenamiento jurídico. En tal sentido, véanse las agudas observaciones de CRISAFULLI, V.: *La continuità dello Stato* (1964), ahora en Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 15 ss.

³ Sobre este punto, véanse recientemente las reflexiones de ZAGREBELSKY, G.: *Introduzione*, en Id. (coord.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. V ss.

CONSTITUCIÓN EUROPEA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

pecto, Giuliano Amato ha mantenido que la «verdadera» constitución europea estaría solamente en las dos primeras partes. Al contrario, él ha recordado explícitamente⁴ cómo, en su calidad de vicepresidente de la Convención, había llegado a sugerir incluso la redacción de dos actos: la Constitución (arts. 1-114) y un segundo documento que contuviera los artículos «consolidados» de los tratados preexistentes (los actuales arts. 115-448)⁵.

Tampoco podría mantenerse que, a diferencia de los Tratados europeos precedentes, el Tratado de 29 de octubre de 2004 es una constitución porque en virtud de ello habrían sido decididas a favor de la UE transferencias de soberanía estatal ulteriores a las operadas en Maastricht, en Ámsterdam o en Niza, y ello hasta tal punto como para alterar todavía más decididamente, a favor de la UE, la relación con los Estados miembros. Más bien, precisamente porque no se han llevado a cabo esas ulteriores transferencias (y, por ende, no sólo por motivos políticos), se rechazó en Italia la hipótesis de una específica ley constitucional que estableciera un *referendum* popular específico para la ratificación de aquél, en sustitución del procedimiento normal de ratificación previsto en el art. 80 de la Constitución italiana.

En conclusión, me parece —y no soy el único en entenderlo así⁶— que la adoptada mediante el Tratado de Roma de 29 de octubre de 2004 todavía no es una constitución, aunque sea algo más que un tra-

⁴ AMATO, G.: *Il Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, p. 4 de la ponencia que introduce el Seminario sobre la Constitución europea organizado por la revista electrónica www.costituzionalismo.it (n. 3/2004).

⁵ Las observaciones que he vertido en el cuerpo del texto no significan en cambio que yo infravalore la importancia política y jurídica de la recomposición formal de una pluralidad de disposiciones normativas, aunque provengan *aliunde*, en un único documento solemne, con objeto de poder calificarlo formalmente como el acto «superior» de un determinado ordenamiento [sobre esta relevante cuestión, véase JELLINEK, G.: *La dottrina generale del diritto e dello Stato (Allgemeine Staatslehre, 1914, tercer libro)*, trad. it. M. Petrozziello, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 114 ss.]. Sobre la importancia teórica de esta tesis y sobre su aplicación al Estatuto albertino, véase PACE, A.: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, p. 39). Si bien lo cierto es que, en este supuesto, la superioridad formal del acto —lo cual no implica necesariamente que nos encontremos ante una «constitución»— deriva de otras indicaciones textuales que examinaré a continuación, y no de la mera sistematización unitaria.

⁶ PERA, M.: *Presentazione* del volumen que contiene el *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Servizio Affari internazionali, Senato della Repubblica, Roma, 2004; en sentido análogo, véase la entrevista a G. AMATO, bajo el título «Amato: è un ibrido, ma dico sì alla Costituzione», en el diario *L'unità*, 28 octubre 2004, p. 7.

tado normal. Y no lo es no sólo porque falte el *demos* en nombre del cual (y con las implicaciones que éste tiene) aquélla habría debido ser proclamada, sino asimismo porque —a menos que se pretenda reducir la Constitución europea a una normativa que se limite a hacer más eficaces los mecanismos de adopción de decisiones— a nadie escapa la circunstancia nada desdeñable según la cual los destinos de la Constitución europea y de las Constituciones de los Estados se encuentran en una situación de interdependencia⁷.

En otras palabras, puede mantenerse que la Constitución europea es únicamente un mero conjunto de reglas que no implican mutación institucional alguna; luego, puede mantenerse asimismo que la Constitución europea, en tanto que «unión de Constituciones»⁸, tendría una ilimitada flexibilidad expansiva en detrimento de las constituciones estatales (pero Santi Romano ciertamente replicaría aduciendo que el proyecto aprobado por autoridades administrativas no es lo mismo que el edificio a construir; y que el ordenamiento jurídico es el edificio, y no el proyecto para su construcción...)⁹. Si se mantiene, en cambio, de manera más realista, que la «constitución del Estado¹⁰ designa algo más que una regla, refrendando el ordenamiento válido y eficaz de la organización suprema del Estado¹¹ más allá de una ley de organización, o, de manera más sintética, el punto de incidencia entre el Derecho y el hecho»¹², la conclusión no puede ser otra que la siguiente: para que se pueda afirmar que nos encontramos ante un acto pretendidamente considerado como una constitución, es necesario que, por ello mismo, las Constituciones de los Estados, como consecuencia de tal acto, resulten deslegitimadas (en cuanto a su idoneidad para ser consideradas como «norma de cabecera» de un determinado ordenamiento) o en todo caso fuertemente redimensionadas. Tal deslegitimación o tal redimensión no se encontraban sin embargo entre los propósitos, ni tampoco han estado presentes, en los comportamientos de quienes han conducido el proceso constituyente europeo.

⁷ *Amplius* sobre este punto en PACE, A.: «La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo», *Riv trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 615 ss.

⁸ MANZELLA, A.: «La Carta dei popoli e dei cittadini», en el diario *La Repubblica*, 29 octubre 2004, p. 16.

⁹ Santi ROMANO recurre a esta metáfora en su estudio *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), en *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 378

¹⁰ «... o bien la constitución de cualquier otra comunidad política», me permitiría añadir.

¹¹ «...o de cualquier otra comunidad política».

¹² ESPOSITO, C.: *La validità delle leggi* (1934), reimpr., Giuffrè, Milano, 1964, p. 205.

 CONSTITUCIÓN EUROPEA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Lo cual no significa que yo pretenda infravalorar la importancia que el Tratado de 29 de octubre de 2004 tiene para el futuro de la Europa unida, o que no repare en el mucho y difícil trabajo que ha sido desarrollado. Sin embargo, en lo que atañe al efectivo producto normativo que nos ha sido brindado, y en la medida en que han ido las cosas en estos dos últimos años —en los cuales, paradójicamente, la solidaridad europea ha tocado su mínimo histórico¹³—, la Constitución europea, más que la conclusión de un proceso constituyente, viene a representar la ulterior etapa en la cual, más aún que al proceso que se cerró con la Carta de Niza, se pide a aquélla que contribuya a crear la identidad europea¹⁴: un cometido éste que viene de tal suerte atribuido a la Constitución europea que, a todas luces, no es menos importante (aunque sí diverso) que aquél que habitualmente están llamadas a afrontar las Constituciones de los Estados tras su aprobación. Mientras éstas, una vez aprobadas por quienes detentan el poder constituyente, deben obtener la legitimación popular para poder ser efectivas, la Constitución europea debe transitar una fase que es incluso preliminar tanto desde el punto de vista lógico como histórico. Aquélla debe contribuir, con la fuerza de los símbolos, a crear el *demos* europeo¹⁵, el cual podrá, a su vez, reconocerse en ésta o en otra Constitución. En efecto, no importa *quién* detente el poder constituyente europeo (sean los Gobiernos de los Estados, sean los pueblos: por lo demás, ¡también el monarca otorgaba constituciones y con ello, de hecho, ejercitaba el poder constituyente!); lo importante es, en cambio, que las constitu-

¹³ Véase nuevamente ZAGREBELSKY, G.: *Introduzione*, cit., p. V.

¹⁴ Que la Constitución europea constituye sólo una etapa en la construcción de la identidad europea ha sido subrayado por muchos autores. Entre las aportaciones más recientes, véanse Von BOGDANDY, A.: «Noi Europei! Sul tentativo di costruzione di una identità europea nella Costituzione di Giscard», *Rass. parl.*, 2004, pp. 907 ss.; AMATO, G.: «L'Europa dal passato al futuro», *Il mulino*, n. 1/2, 2004, p. 14, recuerda oportunamente «lo que fue dicho por Robert Schuman en el comienzo de nuestra historia: «L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble»». Véanse asimismo las consideraciones en tal sentido de PETRANGELI, F.: *Introduzione*, en Id., *Una Costituzione per l'Europa?*, Ediesse, Roma, p. 21.

¹⁵ En cambio, subraya MANZELLA, A.: «La Carta dei popoli e dei cittadini», cit., p. 16, que la firmada el 29 de octubre de 2004 no «es una Constitución «sin Estado». Es, al contrario, una Constitución «con muchos Estados». No es una Constitución «sin pueblo». Es una Constitución «con muchos pueblos». Con tal argumentación, Manzella elude el problema acerca de si, hoy por hoy, existe o no un pueblo europeo. Y más bien, a su pesar, acaba no preocupándose por los modos colectivos de construcción de una identidad común europea: de los partidos políticos a los medios de información europeos, pasando por las representaciones comunes deportivas europeas (¡que, en el imaginario colectivo, son tal vez las más importantes!).

ciones sean *vividas como propias* por los pueblos a los que ellas se destinan.

Luego, parafraseando nuevamente la conocida metáfora romana¹⁶, podría decirse que con la Constitución europea de 2004 se ha puesto el «techo» para que todos los europeos sepan que se está construyendo su «casa común»; pero la construcción del edificio, como tal, queda lejos de estar ultimada.

2. ...PERO, ELLO NO OBSTANTE, ES UN ACTO SUPERIOR A LOS OTROS ACTOS NORMATIVOS EUROPEOS

Llegados a este punto, procede cuestionarse si todo lo hasta aquí argumentado, además de ser relevante bajo el ángulo de la teoría constitucional, también lo es desde la perspectiva que ahora nos ocupa: las indicaciones de la Constitución europea en materia de autonomía de la voluntad. Pues bien, en mi opinión la respuesta es negativa.

Que la Constitución europea no es una constitución, porque ella — usando la conceptualización de Carl Schmitt— no alberga una «decisión total sobre el tipo y la forma de la unidad política»¹⁷, no excluye —siempre según el léxico de Schmitt— que la Constitución Europea pueda ser pese a todo considerada como una «ley constitucional». En efecto, el hecho de ser un acto formalmente superior no es suficiente para afirmar que nos encontramos en presencia de una constitución. Este paso ulterior deriva, junto a la superioridad formal del acto, de su superioridad sustancial, la cual se desprende de los valores acogidos en el documento constitucional y de la medida en que los ciudadanos compartan tales valores¹⁸.

Dicho en otros términos, el hecho de que la Constitución europea, por la ausencia del *demos* y por otras razones que han sido reseñadas anteriormente, no pueda todavía ser calificada como una constitución según los esquemas del constitucionalismo moderno, no significa que ella, según dichos esquemas, no pueda ser considerada como un acto normativo formalmente superior a todos los demás actos que integran el ordenamiento europeo, y por tanto pueda llegar a condicionar,

¹⁶ Véase *supra* la nota .

¹⁷ SCHMITT, C.: *Dottrina della Costituzione (Verfassungslehre, 1928)*, trad. it. Ant. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 38 ss.

¹⁸ PACE, A.: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., pp. 65 ss., 156 ss., 276 ss.

CONSTITUCIÓN EUROPEA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

más que cualquier otro acto de la Unión, el ordenamiento de los Estados miembros en los ámbitos de competencia en los cuales se reconoce carácter prevalente al Derecho europeo.

La superioridad formal de la Constitución europea no se desprende sin embargo del art. I-6, el cual sirve de fundamento al principio de supremacía (sobre el Derecho de los Estados miembros) de la Constitución y del «Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta». La superioridad formal de la Constitución europea se desprende, más bien, de las disposiciones de las que se deduce que aquélla, por el hecho mismo de disciplinar todos los actos jurídicos —normativos y no normativos— de la Unión (arts. I-33 y siguientes), se coloca en posición superior a éstos; y se desprende, además, del art. I-29 el cual, al enunciar la norma según la cual el Tribunal de Justicia asegura el respeto del Derecho «en la interpretación y aplicación de la Constitución», con ello confirma la debida conformidad de todos los actos de la Unión con la Constitución europea y, por ello mismo, la superioridad de ésta sobre aquéllos.

3. PRECISIONES PRELIMINARES DE MÉTODO

Para un correcto planteamiento del problema de la relevancia de la autonomía de la voluntad en la Constitución europea, se requiere con carácter preliminar especificar: a) el ámbito de aplicación de las normas constitucionales; b) la naturaleza preceptiva o supletoria de tales normas en materia de derechos; c) la eficacia exclusivamente vertical o también horizontal de tal Constitución.

A tales problemas preliminares parece poder responderse del modo siguiente:

a¹) El ámbito de aplicación de las normas de la Constitución europea queda determinado por el art. II-111, apartado 1 (*ex art. 51 CDFU*), a tenor del cual «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*». Por esto es evidente que el ámbito de operatividad de la Constitución europea aparece concretado por los arts. I-13, I-14 y I-17, los cuales se refieren respectivamente a las competencias exclusivas y compartidas de la Unión Europea, así como a la competencia relativa a las acciones de apoyo, coordinación o complemento.

En este sentido, o sea, a efectos de delimitación de los ámbitos de competencia que corresponden a la UE, es además relevante el citado art. II-111, apartado 2, según el cual «La presente Carta *no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión* más allá de las competencias de la Unión, *ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones* definidas en las demás partes de la Constitución». Una norma, esta última, que sirve precisamente para excluir que la proclamación, en la Constitución, de un determinado derecho (por ejemplo, el derecho de reunión y de asociación), implique la atribución a la Unión Europea de la potestad de disciplinarlo como regla general, con efectos asimismo en el ámbito de los ordenamientos estatales. Es justo al contrario, pues los derechos proclamados por la Carta juegan más bien como límites a la potestad normativa de la Unión Europea.

b¹⁾ Las disposiciones en materia de derechos fundamentales contenidas en la parte II de la Constitución europea no tienen naturaleza preceptiva, sino meramente supletoria. Ello deriva del art. II-113 (ex art. 53 CDFU) según el 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 o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), así como por las constituciones de los Estados miembros».

Esto significa que las normas de la Constitución europea, referentes a la disciplina de los derechos fundamentales previstos en la parte II, son susceptibles de interpretación *in bonam partem*:

- con respecto al Derecho de la Unión;
- con respecto al Derecho internacional;
- con respecto a los convenios internacionales de los que sean parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular al CEDH;
- con respecto a las Constituciones de los Estados miembros.

Sin embargo, debe observarse que semejante norma, en su aplicación práctica, operará de manera diversa al análogo art. 53 CEDH¹⁹, y

¹⁹ En sentido contrario, véase en cambio MANZELLA, A., «Dal mercato ai diritti», en A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 45; RODOTÀ, S.: «La Carta come atto giuridico e documento politico», *ivi*, p. 82.

CONSTITUCIÓN EUROPEA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

ello porque, mientras el CEDH ha individualizado, y consiguientemente establecido, un mero órgano jurisdiccional como mecanismo de defensa frente a los actos arbitrarios de los poderes públicos estatales (un mecanismo tutelar que no opera cuando existen límites más eficaces), la Constitución europea es la expresión de un ordenamiento político que ejerce asimismo actividad legislativa y administrativa.

Esto es suficiente para presumir que en el Derecho interno «condicionado» por la Unión Europea, la Constitución europea y, junto con ella, el Derecho internacional y el CEDH, acabarán por constituir el único y verdadero límite para las instituciones y los órganos de la Unión, siendo improbable que tales órganos, al adoptar actos normativos y disposiciones generales, se preocupen específicamente también de los ordenamientos constitucionales de los 25 Estados miembros.

Pero también es cierto que semejantes violaciones podrían ser objeto de control judicial (ello no difiere de lo que sucede con el CEDH); ahora bien, ¿por parte de qué órgano jurisdiccional? No tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual enjuicia la conformidad de los actos comunitarios con la Constitución europea y la conformidad de los actos nacionales con el Derecho de la Unión. De ello resulta que, con relación a los actos legislativos de la Unión Europea, en las hipótesis de respeto de la Constitución europea, pero no de nuestra Constitución [la Constitución italiana], serían accionables ante nuestra Corte Constitucional [italiana] únicamente los complejos remedios prefigurados en las conocidas sentencias núms. 183 de 1973 y 180 de 1974 de la Corte Constitucional²⁰. Es decir: permanecería la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de la ley de incorporación del Tratado de 29 de octubre de 2004, en la parte en la que prestara el consentimiento (*rectius*, habría prestado el consentimiento) a una medida de la Unión —respetuosa con la Constitución europea, pero no con la nuestra— que incidiera en los derechos garantizados por nuestra Constitución [italiana] y calificados como «inviolables» por nuestra Corte Constitucional [italiana]. Lo que se intuye como poco probable.

En cualquier caso, cabe precisar que semejante problema, sobre ser relevante para los clásicos derechos de libertad que tienen por objeto comportamientos materiales, pero no asimismo el cumplimiento de actos jurídicos (derechos que, en general, presentan en la Constitución europea una disciplina menos garantista que en la Constitución italiana, si bien es discutible que, hoy por hoy, puedan verse perjudicados

²⁰ Sobre estos remedios expresa su confianza AMATO, G.: *Il Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, p. 2 de la ponencia.

por actos normativos de la Unión), no lo es para aquellos derechos — que serán objeto de atención en breve— por medio de los cuales se ejerce la autonomía de la voluntad.

c¹⁾ De manera análoga al CEDH, también la Constitución europea disciplina las situaciones jurídicas subjetivas sólo con respecto a las instituciones, a los órganos y a los organismos de la Unión Europea y, por ende, no *erga omnes*. Pueden verse, a tal efecto, el art. I-9, apartado 1 («La Unión *reconoce* los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II»), y el citado art. II-111, apartado 1 («Las disposiciones de la presente Carta *están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión...*»).

Esto significa que la penetración y consiguiente difusión, en cada ordenamiento, de los principios correspondientes a los derechos así proclamados, sólo se producirá de manera gradual. En efecto, puede traserse a colación para la Constitución europea lo que se afirma con relación al CEDH (el cual prevé asimismo un tutela meramente vertical sólo con respecto al Estado), es decir, que la interpretación, por parte del juez nacional, de las normas de la Constitución europea, aunque se refieran a supuestos concernientes a la relación de los particulares con los poderes públicos, desplegará indirectamente una eficacia general²¹.

4. LA DISCIPLINA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA. INDICACIONES

Sobre la base de las premisas que anteceden, ya es posible examinar cuáles son los puntos que emergen de la problemática de la autonomía de la voluntad en la Constitución europea. Pues bien, aunque dispersos, parece posible indicar los siguientes:

— El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. II-69). Consecuentemente, se reconoce asimismo el derecho a estipular capitulaciones matrimoniales, aunque se hace por remisión a la ley

²¹ Sobre esta cuestión véase, entre otros, VAN DIJK, P., y VAN HOOF, G.J. H.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, III ed., Kluwer, Deventer, 1998, pp. 15 ss., pp. 372 ss. Sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo, véase el exhaustivo y documentado trabajo monográfico de LAMBERT, E.: «Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: l'heure du bilan», *ERP/REDP*, n. 34, 1999, pp. 1529 ss, especialmente pp. 1555 ss.

CONSTITUCIÓN EUROPEA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

nacional. Ya sea por esta razón, ya sea por lo expuesto anteriormente a propósito del hecho de que el reconocimiento de un derecho no implica una competencia a favor de la UE (art. II-111) —en efecto, la Unión Europea no tiene competencia en materia de derecho de familia—, la disciplina de las capitulaciones matrimoniales no entra en el marco de las competencias de la Unión.

— La creación de centros docentes (art. II-74). También en este caso, la norma de la Constitución europea remite a las leyes nacionales, para las cuales, prescindiendo ahora del debate sobre si la materia se enmarcaría en las competencias legislativas de apoyo en el ámbito de la «cultura» y de la «educación» [art. I-17, letras c) y e)], ciertamente la creación de centros docentes no entra en el marco de las competencias de la Unión.

— La libertad profesional y el derecho a trabajar (art. II-75, y véanse asimismo los arts. III-141 y 145, 214 y 215). La disciplina de este derecho se enmarca indiscutiblemente en las competencias de la Unión Europea. En consecuencia, sus límites, en el sentido del art. II-112, pueden derivar sólo de una ley y respetar su contenido esencial; a tal efecto, por «ley» debe entenderse tanto las leyes europeas (o sea, los hasta ahora reglamentos comunitarios) como las leyes marco europeas (las hasta ahora directivas), que son conjuntamente adoptadas por el Parlamento europeo y por el Consejo a propuesta de la Comisión (art. I-34).

— La libertad de empresa (art. II-76). Del mismo modo que la libertad profesional, sus límites, en el sentido del art. II-112, pueden derivar sólo de una ley o de una ley marco adoptada conjuntamente por el Parlamento europeo y por el Consejo a propuesta de la Comisión (art. I-34). Sin embargo, con objeto de aplicar los principios establecidos en los arts. III-161 y 162 (y, por tanto, de garantizar la libre competencia e impedir el abuso de posición dominante), el art. III-163 opera una derogación del art. II-112 consintiendo la adopción, por parte del Consejo y a propuesta de la Comisión, de reglamentos europeos²².

En cuanto a los límites de tal libertad, éstos son susceptibles de más fácil introducción en virtud de la obligación de paridad hombre-mujer (art. II-83), de los deberes de información a los trabajadores (art. II-87), de la obligación de asegurar a todo trabajador condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, así como períodos de descanso y de

²² No resulta en cambio claro si éstos son los reglamentos *ex art. I-33*, apartado 4 (siempre que éstos constituyan un *genus* diferente respecto a los reglamentos ejecutivos *ex art. I-37*) o bien —como parecería lo más lógico— los reglamentos europeos delegados (art. I-36).

vacaciones (art. II-91), de la prohibición del trabajo infantil (art. II-92), y obviamente de la protección de los consumidores (arts. II-98, III-120 y 235).

— El derecho de propiedad (art. II-77). En la medida en que el derecho de propiedad viene ya tutelado por el art. 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH, resulta que, de conformidad con el art. II-112, apartado 3, el significado y el alcance de aquél es igual al conferido por el mencionado Convenio. Significado y alcance que son ciertamente garantistas (para el sujeto privado), más que nuestra Constitución [italiana] y, sobre todo, más que la jurisprudencia elaborada en nuestro ordenamiento [italiano]. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de la denominada «accesión invertida», inventada o creada, como es sabido, por la Corte de Casación italiana, y que el Tribunal Europeo de Estrasburgo ha declarado ilegítima precisamente porque no tenía un fundamento legal²³. Tampoco puede objetarse que se trata justamente de la mayor garantía para el propietario privado, lo que constituye un *vulnus* a la función social tomada en consideración por la Constitución italiana. Semejante objeción sería infundada porque, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, la propiedad privada, pese a la diversidad de las formas, no ha perdido nunca, desde una perspectiva estructural, los caracteres típicos del derecho subjetivo, habiendo sido siempre ponderada la función social en el nivel de su configuración legislativa (y nunca trasladada esa ponderación al momento del ejercicio)²⁴. Por lo demás, el art. III-425 «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros», y por tanto no interfiere en las di-

²³ La referencia debe entenderse hecha a las dos sentencias de 30 de mayo de 2000 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en los casos *Carbonara y Ventura contra Italia* (demanda núm. 24638 de 1994) y *Belvedere Alberghiera s.r.l. contra Italia* (demanda núm. 31524 de 1996), en las cuales el Tribunal Europeo ha mantenido que la denominada «ocupación adquisitiva» (o «accesión invertida») viola el art. 1 del Protocolo adicional (Prot. núm 1) de 1952, el cual tutela el derecho de propiedad y exige el respeto del principio de legalidad para proceder a expropiaciones. Al contrario, las expropiaciones contestadas ante el Tribunal Europeo no se basaban en una disposición con rango de ley, sino en una conocida «creación» jurisprudencial de la Corte de Casación italiana (sentencia de 16 de febrero de 1983, núm. 1464). El Tribunal Europeo no ha emitido en cambio decisión alguna sobre el perjuicio moral y material ni sobre las costas procesales. Las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden ser consultadas en el sitio web del Tribunal Europeo: www.echr.coe.int/.

²⁴ Para un desarrollo más amplio en este sentido, puede acudir a PACE, A.: *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova, 2003, pp. 132 ss.

CONSTITUCIÓN EUROPEA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

versas configuraciones normativas operadas por los legisladores nacionales.

En conclusión, puesto que tanto la disciplina constitucional de la libertad de iniciativa privada (art. 41 de la Constitución italiana) como la de la propiedad privada (art. 42 de la Constitución italiana) están, según la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional italiana, sujetas a reserva relativa de ley, de ello resulta que en ningún caso entraría en juego la cláusula más favorable de la disciplina nacional, al ser la disciplina europea más garantista que la normativa constitucional italiana. En efecto, la Constitución europea prevé que los límites a tales derechos fundamentales pueden derivar sólo de la ley, en el sentido del art. I-34, apartado 1, y II-112, apartado 1.

Se echa en falta, en cambio, en la Constitución europea, una disposición que reconozca en general la libertad patrimonial, como por el contrario sí está previsto en el art. 23 de la Constitución italiana, que precisamente garantiza la libertad de autodeterminación de todos con respecto a las obligaciones y a las prohibiciones (sean de carácter personal o *patrimonial*), las cuales son impuestas por los poderes públicos o por otros sujetos privados siempre «sobre la base de la ley»²⁵. En efecto, incluso aun admitiéndose que el art. II-66 podría ser interpretado en sentido extensivo, esto es, comprensivo no sólo de la libertad física, sino de la omnicomprensiva «libertad de la persona»²⁶ —lo que, no obstante, contrasta con el significado que se desprende de la disposición correspondiente del CEDH—²⁷, sería pese a todo bastante discutible el paso sucesivo, es decir, la extensión de la libertad de la persona a la libertad patrimonial.

Efectivamente, la Unión Europea es un ordenamiento parcial²⁸ y, por ende, no tendencialmente general, como los ordenamientos estatales.

²⁵ PACE, A.: voz «*Libertà personale*», en *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 291 ss.; Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Cedam, Padova, 1992, pp. 176 ss.

²⁶ En el sentido criticado, véase CELOTTO, A.: «Art. 6», en R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (coord.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 75.

²⁷ Véase la Declaración sobre las explicaciones relativas a la Carta de los derechos fundamentales, concretamente sobre el art. 6 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, que precisamente confirma la equivalencia con el art. 5 CEDH. De lo cual se desprende la aplicabilidad a éste de la cláusula interpretativa prevista en el art. II-112, apartado 3.

²⁸ Sobre la Unión Europea como ordenamiento parcial, pero que condiciona el ordenamiento de cada Estado, véase PACE, A.: «La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo», cit., *Riv trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 613 ss.

Esto significa que no sólo son los órganos de la Unión los que operan en régimen de competencia, sino que es la propia Unión la que ostenta una *capacidad jurídica que se corresponde con las competencias específicamente previstas*. Lo cual es tanto más cierto cuanto que las mismas cooperaciones reforzadas entre los Estados miembros (arts. I-44 y III-416) —que constituyen uno de los instrumentos más dúctiles a disposición de los Estados que quieran moverse en una óptica europea— deben respetar la Constitución y el Derecho de la Unión, y deben por tanto moverse dentro de los ámbitos de competencia de ella (arts. III-419, apartado I).

En virtud de cuanto antecede queda confirmado que, en la situación actual, la libertad patrimonial de los particulares podría verse perjudicada por la Unión Europea no en abstracto y en general, sino sólo por referencia a las específicas hipótesis ya examinadas con respecto a las cuales se reconoce explícitamente a la Unión una competencia.

El futuro nos dirá si la fuerza de las cosas y la fantasía de los juristas llegarán hasta el punto de dejar obsoleto semejante principio (de competencia), o hasta el punto de entender que el operado reconocimiento, por parte de la Unión Europea, de derechos fundamentales en la parte II de la Constitución europea habilitará a la Unión para disciplinar su ejercicio, a pesar de lo dispuesto en sentido contrario en el art. II-111, apartado 2.

Pero si esto hubiera de suceder, otro ordenamiento europeo se habría impuesto entretanto, en lugar del diseñado por el Tratado de 29 de octubre de 2004.