

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 14 - dicembre 2016

IANUS

Diritto e finanza

N. 14
dicembre 2016

IANUS

Diritto e Finanza

N. 14 - 2016

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 14 - dicembre 2016

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

SAGGI

Presentazione	5
La corte edu alla ricerca del giusto equilibrio tra politica fiscale e tutela dei diritti fondamentali (sentenza 1 maggio 2013, n.k.m. v. Ungheria), di ELENA BINDI	9
La protezione dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro: potenzialità e contraddizioni delle tutele europee, di ELENA SORDA	33
El tribunal electoral del poder judicial de la federación y el control de convencionalidad, di CARLOS BÁEZ SILVA	53
Propaganda política y medios de comunicación: crítica a la sentencia del caso “chacoteando la noticia”, di ARACELI YHALÍ CRUZ VALLE, GERMÁN RIVAS CANDADO	79
La tutela degli animali: confronto fra occidente ed oriente, di MARCO SEGHEISIO	97

GIURISPRUDENZA

Insegnamenti universitari in lingua straniera e principi costituzionali: la decisione della Corte costituzionale sul caso del Politecnico di Milano, di GIAMMARIA MILANI	123
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

MATERIALI

Ordinanza Tribunale Ordinario di Roma - (Venerando Monello c. Virginia Raggi et alii) - NRG-n.-53473-2016	
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

PRESENTAZIONE

Il presente numero di Ianus è in larga parte dedicato alla pubblicazione di saggi frutto di attività organizzate nel corso del 2016 dal DIPEC, Gruppo di ricerca e formazione sul diritto pubblico europeo e comparato, in collaborazione con enti e università messicane.

I primi due contributi sono relazioni tenute in occasione del II Observatorio Internacional de Derechos Humanos: Los Derechos Humanos en Tiempos de Crisis, organizzato dal DIPEC e dall'Accademia Interamericana dei Diritti Umani e tenutosi a Siena il 27 e 28 ottobre 2016. Gli atti, che saranno in seguito pubblicati in un volume curato da Irene Spigno e Luis Efrén Ríos Vega per Editoriale Scientifica, hanno ad oggetto la giurisprudenza di Corti nazionali e sovranazionali in materia di diritti umani in tempo di crisi economica e sociale.

Un secondo gruppo di articoli è stato redatto da giuristi messicani che hanno frequentato a Siena, dal 2 al 7 maggio 2016, la prima edizione del Seminario Judicial: Técnicas de decisión judicial, organizzato dal DIPEC e dal Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación del Messico. I lavori riguardano tematiche di diritto costituzionale ed elettorale già oggetto del Seminario Judicial e sviluppati con un approccio comparato; in particolare, il primo di questi articoli è dedicato al tema del controllo della convenzionalità mentre il secondo riguarda la libertà di informazione e di propaganda politica. Nel prossimo numero di Ianus verranno pubblicati altri contributi di studiosi messicani riguardanti tematiche elettorali.

Completano il fascicolo un articolo dedicato al tema della tutela degli animali analizzato in prospettiva comparata e un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 42/2017 sugli insegnamenti universitari in lingua straniera.

SAGGI

LA CORTE EDU ALLA RICERCA DEL GIUSTO EQUILIBRIO TRA POLITICA FISCALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI (SENTENZA 1 MAGGIO 2013, N.K.M. V. UNGHERIA)

Elena Bindi

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena

Il saggio analizza la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo N.K.M. v. Ungheria in tema di giusto equilibrio tra politica fiscale e tutela dei diritti fondamentali.

Il caso è originato dal ricorso di una cittadina ungherese, la signora N.K.M., per trent'anni dipendente pubblica fino a quando non fu licenziata in attuazione di una normativa compresa nell'ambito di una serie di misure analoghe concernenti tutto il pubblico impiego, e al cui trattamento di fine rapporto fu imposta l'aliquota marginale del 98% (e quella media del 52%) Questo caso è paradigmatico di come in un tempo di profonda crisi economica la Corte EDU non si sia sottratta dal concentrare la propria attenzione sul settore della fiscalità, pur con la consapevolezza che le scelte di politica tributaria rappresentano al massimo grado quella quota di sovranità che gli Stati custodiscono gelosamente.

Ripercorrere il ragionamento della Corte permette dunque di soffermarsi su tre aspetti problematici quali: a) il significato autonomo di proprietà accolto dalla Corte europea e la garanzia effettiva del diritto tutelato dalla Convenzione; b) il principio del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia di ingerenza nell'esercizio dei diritti garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli; c) il principio di proporzionalità tra i mezzi utilizzati per legittimare l'ingerenza e gli obiettivi perseguiti.

This article analyses the N.K.M. v. Hungary case, a judgment of the European Court of Human Rights concerning the need of fiscal policy to safeguard fundamental rights.

The case originated from the application of an Hungarian national, Mrs NKM, who was dismissed after thirty years of service as civil servant. Mrs NKM's dismissal was carried out by Hungary in accordance with national legislation relating to the entire sector of civil service. The severance indemnity was measured on the basis of a marginal tax rate of 98% (average rate of 52%). This case is paradigmatic to show how, in case of serious economic crisis, the ECtHR has not abstained from adopting a decision relating to the area of taxation, even if tax policy's choices patently affect a field in which States invoke the highest degree of autonomy in order to preserve their sovereignty jealously.

The exam of the reasoning of the Court raises three critical issues such as: a): the autonomous meaning of ownership, as meant by the European Court and the effective safeguard of the right provided for in the Convention; b) the margin of appreciation of States as to the possibility of limiting the exercise of the rights guaranteed by the Convention and Protocols; c) the principle of proportionality between the means used to justify such limitation and the aims pursued.

Sommario:

1. Premessa.
2. Il caso.
3. La risposta della Corte EDU.
4. Alcune brevi considerazioni sul giusto equilibrio tra potere fiscale e diritti fondamentali:
 - a) il significato autonomo di proprietà accolto dalla Corte Edu e la garanzia effettiva del diritto tutelato dalla Convenzione;
 - b) il margine di apprezzamento;
 - c) il controllo di proporzionalità.
5. Conclusioni.

1. Premessa.

La grave crisi finanziaria che a partire dal 2008 ha colpito l'economia mondiale con inevitabili ripercussioni sulle politiche pubbliche ha portato gli Stati a rivedere, tra le altre cose, le loro politiche fiscali.

Come è noto, gli Stati finanziano la spesa pubblica principalmente mediante due strumenti: l'imposizione fiscale e il ricorso all'indebitamento, attraverso l'emissione di strumenti finanziari di debito con i quali lo Stato ottiene denaro in prestito, impegnandosi a restituire il prestito ad una data prestabilita e a pagare gli interessi.

Come è altrettanto noto la possibilità per gli Stati di ricorrere all'indebitamento si è notevolmente ridotta a seguito dell'ingresso nella moneta unica tanto che dai c.d. parametri di Maastricht, necessari per entrare nell'euro, sino ai più recenti provvedimenti sul *Fiscal Compact*, l'Europa condiziona la politica economica degli Stati membri, cercando di imporre politiche "sane" di bilancio principalmente in funzione di garantire la stabilità dell'euro¹.

Ciò ha portato ad innescare un effetto perverso: se a causa della grave crisi economica iniziata nel 2008, l'indebitamento è progressivamente salito sino a superare ampiamente i livelli di guardia; dall'altro lato l'eccesso di indebitamento dello Stato ha prodotto un aumento del costo del debito, rendendo assai oneroso per gli Stati (soprattutto per Grecia, Portogallo, Spagna ed gli altri paesi c.d. periferici dell'Unione Europea²) il rifinanziamento del debito.

¹ Cfr. COSTAMAGNA, *Saving Europe 'Under Strict Conditionality': A Threat for EU Social Dimension?* in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230329; COUNTOURIS - FREEDLAND (a cura di), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013; M. DAWSON - F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *Modern Law Review*, 2013, 76, 817 ss. (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/14682230.12037/full>).

² Sul punto cfr. BAER - ESFAHANI, *The Debt Crisis of Eurozone's Peripheral Economies: Moral Hazard and Its Consequences*, in *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 2013, 53, 315. Per la dottrina italiana, cfr. almeno: RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta on line, Studi*, 2012 ora in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVI, Torino, 2013, 407 ss.; BIFULCO - ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2012; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012, 92 ss.; MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 79 ss.; PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, ivi, 29; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; con particolare riferimento all'effettività dei "livelli" di tutela dei diritti fondamentali fruibili oggi

Si comprende dunque la *ratio* degli interventi dell'Unione europea a sostegno dei paesi in difficoltà, proprio al fine di ovviare ai rischi di instabilità della moneta unica, tra cui appunto il *Fiscal Compact*³, un patto che vincola i paesi dell'Eurozona a perseguire l'equilibrio di bilancio, impegnandoli ad inserire questo principio nelle proprie costituzioni ed obbligandoli ad intraprendere un percorso "virtuoso" di progressiva riduzione del debito pubblico⁴.

Di fronte a questo scenario che assai poco margine concedeva alle manovre di indebitamento, i singoli Stati hanno rivolto la propria attenzione all'altro strumento per finanziare la spesa pubblica: *l'imposizione fiscale*. Una riscoperta dell'impegno della politica alla efficace riscossione dei tributi

in Europa cfr. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, II ed., 2015.

³ Ma già prima erano stati istituiti strumenti finanziari temporanei per sostenere gli Stati in difficoltà cui aveva fatto seguito uno strumento permanente, il c.d. Meccanismo Europeo di Stabilità, avviando una riforma dei trattati affiancata dalla firma di un trattato sottoscritto dai soli Stati appartenenti alla moneta unica (eurozona). Cfr. BARNARD, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective*, in *Industrial Law Journal*, 2012, 41, 98 ss., (<http://ilj.oxfordjournals.org/content/41/1/98.short>); cfr. anche BROOME, *The Politics of IMF-EU Co-Operation: Institutional Change from the Maastricht Treaty to the Launch of the Euro*, in *Journal of European Public Policy*, 2013, 20, 589 ss., (<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13501763.2012.718882>).

⁴ In estrema sintesi il c.d. Fiscal Compact stabilisce che la posizione di bilancio della Pubblica amministrazione debba essere in pareggio o in avanzo (precisando poi quando ciò si intende rispettato). Inoltre: gli Stati che abbiano ratificato il Fiscal Compact possono beneficiare del fondo salva Stati previsto dal Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES). Infine, per garantire il raggiungimento e il mantenimento di queste condizioni gli Stati contraenti sono obbligati ad introdurre nei rispettivi ordinamenti: "disposizioni vincolanti di natura permanente – preferibilmente costituzionale- o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio. Come è noto, anche alla luce di questi impegni assunti in sede comunitaria l'art. 81 della Costituzione italiana è stato modificato sostanzialmente attraverso la legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1 intitolata "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale: sul punto PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, 2016, II ed., Torino, 20 ss. Sulla costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio europei, cfr. M. ADAMS - FABBRINI - LAROCHE (a cura di), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, 2014, Hart, vol. 47. Sulle carenze politiche, economiche e giuridiche della *governance* macroeconomica dell'Unione europea v. le riflessioni di D. ADAMSKI, *National Power Games and Structural Failures in the European Macroeconomic Governance*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, 1319 ss.; (<http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=COLA2012066>).

Sulle reazioni alla crisi finanziaria dal parte del diritto costituzionale interno e sui principali obblighi internazionali dei paesi europei cfr. HELGADÓTTIR, *Economic Crises and Emergency Powers in Europe*, in *Harvard Business Law Review Online*, 2012, 2

che in tempi di crescita economica non veniva percorsa con entusiasmo dagli Stati per gli indubbi svantaggi in termini di consenso elettorale, ma che, in tempi di crisi e riduzione delle risorse, ha *obtorto collo* assunto un rilievo impensabile fino a pochi anni fa e che soltanto la situazione di grave crisi economica poteva giustificare.

È in questo quadro che si colloca la sentenza della Corte Edu del 14 maggio 2013, *N.K.M. v. Ungheria*⁵ in tema di fiscalità e diritti fondamentali, e che più precisamente indaga quale sia il giusto equilibrio tra autonomia degli Stati in tema di politica fiscale e diritti fondamentali⁶, nella specie il diritto di proprietà⁷. E non è un caso che proprio al tempo di una profonda crisi economica la Corte Edu non si sia sottratta dal concentrare la propria attenzione sul settore della fiscalità, pur con la consapevolezza che le scelte di politica tributaria rappresentano al massimo grado quella fetta di sovranità che gli Stati custodiscono gelosamente⁸.

⁵ Corte eur. dir. uomo, sez. II, *N.K.M. c. Ungheria*, ric. n. 66529/11, 14 maggio 2013.

⁶ Cfr. in generale sul rapporto tra debito sovrano e tutela dei diritti sociali, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU., MICHALOWSKI, *Sovereign Debt and Social Rights-Legal Reflections on a Difficult Relationship*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 8, 35 (<http://hrlr.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/hrlr/ngm042>); O'CONNOR, *Austerity and the Faded Dream of a Social Europe*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317534; BOHOSLAVSKY - LETNAR ČERNIČ (a cura di), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, 2014, Hart Publishing; con particolare riferimento alle tendenze e sviluppi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti socio-economici E. PALMER, *Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights*, in *Erasmus L. Rev.*, 2009, 2 397, (http://heinonlinebackup.com/hol-cgibin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/erasmus2§ion=28); ID., *Beyond Arbitrary Interference: The Right to a Home-Developing Socio-Economic Duties in the European Convention on Human Rights*, in *N. Ir. Legal Q.*, 2010, 61, 225 (http://heinonlinebackup.com/hol-cgibin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/nilq61§ion=21).

⁷ A. BUYSÉ – M. HAMILTON, *Transitional Jurisprudence and the ECHR: Justice, Politics and Rights*, Cambridge University Press, 2011; CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, 2012, 18 667 (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.14680386.2012.00623.x/full>).

⁸ Sulla giurisprudenza della Corte EDU che affronta questioni che assumono rilevanza nel diritto tributario e, in particolare, in tema di controllo di proporzionalità del prelievo fiscale rispetto agli scopi perseguiti cfr. AURICCHIO, *CEDU e diritto tributario. Le garanzie del giusto processo*, in AA.VV.: *Istanze costituzionali e sovranazionali nel diritto tributario*, 2016, 76 ss., spec. 77 s. su *N.K.M. v. Ungheria*.

2. Il caso

Il caso, assai interessante, è originato dal ricorso di una cittadina ungherese, la signora N.K.M. per trent'anni dipendente pubblica fino a quando, il 27 maggio 2011, non fu licenziata in attuazione di una normativa compresa nell'ambito di una serie di misure analoghe concernenti tutto il pubblico impiego⁹. Per permetterle di affrontare il periodo di disoccupazione, alla signora N.K.M. venivano garantiti lo stipendio per i primi due mesi successivi al licenziamento, nonché il trattamento di fine rapporto (TFR), che comprendeva nel complesso otto mesi di stipendio e un importo non specificato corrispettivo a un periodo di ferie non godute. Il TFR rappresentava quindi un vero e proprio emolumento retributivo per il servizio svolto, differito al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

Lo Stato ungherese aveva, tuttavia, introdotto l'aliquota marginale del 98% (e quella media del 52%) sulle buonuscite spettanti alla cessazione del rapporto di lavoro dei pubblici impiegati, comprese quelle già maturate. In tal modo, il TFR della signora N.K.M. fu tassato al 98% nella parte in cui eccedeva i 3,5 milioni di fiorini ungheresi, traducendosi in un *onere fiscale complessivo pari al 52% circa della totalità del TFR*, e il prelievo della somma avvenne direttamente alla fonte.

La signora N.K.M. decise dunque di adire la Corte Edu, lamentando la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 CEDU (che tutela il diritto di proprietà) perché la somma, trattenuta dal datore di lavoro a titolo d'imposta, concretizzava in quella percentuale una privazione ingiustificata del pieno godimento del bene. Una ingerenza che trovava sì fondamento in una disposizione normativa che aveva come scopo dichiarato quello della protezione del senso di giustizia sociale, ma la misura prevista dal legislatore ungherese consisteva in *un onere sproporzionato ed eccessivo nei confronti della signora N.K.M.*, tanto più che il percepire il TFR sarebbe stato per lei di vitale importanza, trovandosi dopo il licenziamento senza fonti di reddito.

Il Governo non ha contestato che la tassazione del TFR della signora N.K.M. costituisse un'interferenza nel diritto di proprietà, ma ha comunque

⁹ KOVAS - TOTH, *Hungary's Constitutional Transformation*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, 7, 183, (http://www.journals.cambridge.org/abstract_S1574019611200038). Con particolare riferimento al controllo esercitato dalla Corte costituzionale ungherese sulle politiche dalla maggioranza di governo v. spec. p. 202. La Corte costituzionale ungherese ha osservato che lo scopo dichiarato dell'imposta in questione era alleviare il senso di indignazione della società per i pagamenti eccessivi nel settore finanziario, dato il ruolo svolto dal settore finanziario nella crisi globale del 2008 (cfr. *R.Sz. v. Ungheria*, §25, *N.K.M. v Ungheria*, §58).

ritenuto trattarsi di una misura introdotta dal legislatore al fine di realizzare il giusto equilibrio tra l'obiettivo di soddisfare il senso di giustizia sociale e salvaguardare le casse statali, da un lato, e la limitazione dei diritti fondamentali, dall'altro¹⁰. Soluzione legislativa, del resto, in linea -come sottolinea il Governo- con le politiche dell'Unione europea, dirette a avversare la corresponsione di indennità eccessive contrastanti col senso di giustizia sociale¹¹.

3. La risposta della Corte EDU

La Corte chiamata a pronunciarsi sul caso ha dovuto quindi indagare quale sia il giusto equilibrio tra autonomia degli Stati in tema di politica fiscale e diritto di proprietà¹². Questo caso, così come un altro analogo di

¹⁰ Il governo ungherese ha obiettato anche che la tassazione imposta non aveva disposto un onere individuale nei confronti delle ricorrenti eccessivo o pericoloso per la loro sussistenza: cfr. *N.K.M v Ungheria*, cit., §29; nonché Corte eur. dir. uomo, sez. II, *R.Sz. v Ungheria*, ric. 41838, 2 luglio 2013, §28.

¹¹ La misura citata che giustifica questo intervento è stata la raccomandazione 2009/384/CE della Commissione europea sul divieto di pagamenti eccessivi nel settore finanziario (cfr. Corte eur. dir. uomo, *N.K.M. v Hungary*, § 22. Sul tema v. in dottrina BRUN - LÖRCHER - SCHÖMANN (a cura di), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, , 2014 Hart Publishing, e spec. il saggio ivi contenuto di EWING-HENDY, *International Litigation Possibilities in European Collective Labour Law: ECHR*, p. 295 ss.

¹² BADERIN - MCCORQUODALE (a cura di), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press 2007; BILCHITZ, *Socio-Economic Rights, Economic Crisis, and Legal Doctrine*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 12 710 (<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/mou044>); sul punto cfr. la risposta di CONTIADES - FOTIADOU, *Socio-Economic Rights, Economic Crisis, and Legal Doctrine: A Reply to David Bilchitz*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 12, 740 (<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/mou045>); RODEAN, *Social rights in our backyard: 'Social Europe' between standardization and economic crisis across the continent*, in D'AMICO - GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the Challenges of the XXI century/La Charte Sociale Européenne et Les Défis Du XXIe Siècle*, 2014, Napoli, 47. Sul punto cfr. anche SPANO, *The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, 33, 1, 4 ss.; BOROAH, *Europe in an Age of Austerity*, 2014, Palgrave Macmillan, 2 ss.; KILPATRICK - B. DE WITTE, *A Comparative Framing of Fundamental Rights Challenges to Social Crisis Measures in the Eurozone*, in *European Policy Analysis*, 2014, november, 1 ss. (www.sieps.se/sites/default/files/2014_7epa_eng_A4_0.pdf).

pochi mesi successivo¹³, pur non concernendo direttamente misure di “salvataggio”, come altri casi affrontati dalla Corte¹⁴, è difatti paradigmatico del percorso argomentativo seguito dalla giurisprudenza di Strasburgo, quando è chiamata a sindacare la legittimità delle scelte legislative nazionali in materia fiscale giustificate, secondo le autorità nazionali, dalla grave crisi economico-finanziaria¹⁵.

Il ragionamento seguito dalla Corte si fonda sull’art. 1 del Protocollo n. 1, concernente il diritto di proprietà secondo il quale:

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

La Corte ha per prima cosa chiarito che il concetto di proprietà, previsto nel primo paragrafo dell’art. 1 del Protocollo n. 1, ha un *significato autonomo* rispetto al significato accolto nella legislazione statale, non limitato alla proprietà dei beni materiali (par. 33¹⁶), ma comprendente sia i

¹³ Corte eur. dir. uomo, *R.Sz. v. Ungheria*, cit., § 7 Anche in questo caso, la ricorrente era stata assoggettata alla stessa imposta, ma, a differenza della ricorrente N.K.M, a R. Sz. l’imposta era stata applicata dopo che quest’ultima aveva lasciato il suo lavoro, quando ormai aveva già speso il denaro della liquidazione, che ora doveva essere soggetto a una tassazione del 98%. Anche in questo caso dunque, la Corte EDU segue il medesimo ragionamento e giunge alle medesime conclusioni della sentenza *N.K.M. v. Ungheria*.

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, sez. I, *Koufaki e Adedy v. Grecia*, ricc. nn. 57665/12 e 57657/12, 7 maggio 2013, §32; sez. II, *Da Conceição Mateus v. Portogallo e Santos Januário v. Portogallo*, ricc. nn. 62235/12 e 57725/12, 8 ottobre 2013; su queste sentenze cfr. anche SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, in L. D’ANDREA - MOSCHELLA - RUGGERI - A. SAITTA, *La Carta dei diritti dell’Unione europea e le altre Carte*, Torino, 2016, 217 ss., spec. 222.

¹⁵ Nella motivazione della sentenza in esame la Corte di Strasburgo afferma infatti testualmente di non poter «spingersi nel campo di valutazione del processo legislativo che conduce alla promulgazione della legge recante pregiudizio alla ricorrente»: così *N.K.M. v. Hungary*, cit., §53; analogamente v. *R.Sz. v. Ungheria*, cit., § 42. Sugli orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo in tema di politica fiscale, cfr. BREMS - LAVRYSEN, ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: *Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2015, 15 (1), 139 ss. (<http://hrlr.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/hrlr/ngu040>).

¹⁶ Cfr. quanto affermato nel § 33 di Corte eur. dir. uomo, *N.K.M. v. Ungheria*, cit., secondo il quale: «*The concept of “possessions” in the first paragraph of Article 1 of*

beni esistenti sia i beni, come i crediti, rispetto ai quali un soggetto può avere un legittimo affidamento che verranno realizzati (par. 34¹⁷). Per la Corte è innegabile che il TFR sia già stato guadagnato, o sia sicuramente dovuto, e per questo rientra sotto la previsione dell'art. 1 (par. 35). L'aver tassato questo reddito sta a poi dimostrare che lo Stato lo ha ritenuto essere un reddito esistente (par. 36). Inoltre, il TFR non può essere semplicemente considerato come *un bene patrimoniale; data la sua funzione sociale*, deve essere considerato come *una misura socialmente importante destinata ai lavoratori che sono stati licenziati e che desiderano rimanere nel mercato del lavoro*, come del resto ha ritenuto anche la stessa Corte di giustizia europea (par. 39¹⁸).

La Corte ha proseguito rilevando come ogni interferenza nei diritti garantiti dalla Convenzione deve tuttavia realizzare un "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, come emerge dall'art. 1, nel suo complesso, compreso il secondo paragrafo: ci deve dunque essere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti. La domanda a cui rispondere -come sottolinea la Corte- è se, nel caso di specie, il legislatore imponga un onere eccessivo per la ricorrente e, quindi, non sia riuscito a trovare un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco¹⁹.

*Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to the ownership of material goods and is independent from the formal classification in domestic law. In the same way as material goods, certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions" for the purposes of this provision. In each case the issue that needs to be examined is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1» e che rinvia, tra le altre, a Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Iatridis v. Grecia*, ric. n. 31107/96, 25 marzo 1999, § 54; Grande Camera, *Beyeler v. Italia*, ric. n. 33202/96, 5 gennaio 2000, § 100.*

¹⁷ Come testualmente affermato nel § 34: «*The Court points out that "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 can be either "existing possessions" or assets, including claims, in respect of which an applicant can argue that he has at least a "legitimate expectation" that they will be realised*» (cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Gratzinger and Gratzingerova v. Repubblica ceca*, ric. n. 39794/98, 10 luglio 2002, § 69). La Corte specifica del resto che nel caso di specie le parti concordano sul fatto che la tassazione impugnata rappresenta una ingerenza nel diritto del ricorrente al pacifico godimento dei beni (§ 45 di *N.K.M. v Ungheria*).

¹⁸ Cfr. Corte giustizia unione eur., Grande Sezione, *Andersen v. Region Syddanmark*, ric. n. C-499/08, 12 ottobre 2010, in *Raccolta*, 2010, I-09343.

¹⁹ Cfr. il § 43, dove si richiamano, ad esempio, le sentenze della Corte eur. dir. uomo, sez. IV, *M.A. e 34 altri v. Finlandia*, ric. n. 27793/95, 10 giugno 2003; sez. III, *Imbert de Trémiolles v. Francia*, ric. nn. 25834/05 e 27815/05, 4 gennaio 2008.

Prima di valutare la proporzionalità della misura, la Corte ha innanzitutto sgombrato il campo della questione relativa alla mancata previsione legislativa della suddetta misura (parr. 46-54), per poi soffermarsi sulla legittimità dello scopo perseguito dal provvedimento impugnato²⁰.

Stante il margine di apprezzamento di cui godono le autorità nazionali (in linea di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per apprezzare ciò che è “nell’interesse pubblico”, alla luce del quale giustificare privazioni di proprietà o interferenze nel pacifico godimento dei beni), la Corte ritiene che la misura incriminata, diretta ad assicurare il “senso di giustizia sociale”, in combinato disposto con l’interesse a tutelare il bilancio pubblico e distribuire l’onere pubblico, soddisfi il requisito convenzionale di uno scopo legittimo, nonostante la sua ampiezza²¹.

Tuttavia la suddetta misura, destinata a proteggere le casse pubbliche, non riesce, secondo la Corte, a superare il *test* di *proporzionalità*. Anche se la tassazione è stata effettuata nel rispetto delle condizioni previste dalla legge e del pubblico interesse, un’interferenza nel diritto al pieno godimento dei beni deve sempre trovare un “giusto equilibrio” tra l’interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell’individuo. Nel caso di specie, invece, la signora NKM è stata sottoposta a un’imposta il cui tasso *supera di circa tre volte* l’imposta generale sul reddito personale, sopportando così un onere *eccessivo e sproporzionato* in un momento di *considerevole difficoltà personale*.

Questo è tanto più evidente se si considera il fatto che la misura è circoscritta solo a un certo gruppo di individui, dipendenti della pubblica amministrazione. Se il provvedimento impugnato serve a contribuire al risanamento delle difficoltà economiche dello Stato, precisa la Corte, la maggioranza dei cittadini deve essere obbligata a contribuire in eguale misura. Pertanto la tassazione non può essere ritenuta *ragionevolmente proporzionata* allo scopo perseguito. Alla luce di questi rilievi, la Corte ritiene violato dalla legge ungherese l’art. 1 del Protocollo n. 1.

²⁰ Sulle strategie giudiziali impiegate dalla Corte Edu, cfr. DOTHAN, *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, in *Chicago Journal of International Law*, 2011, 12, 1, 115 ss., ([chicagounbound.uchicago.edu/cgi/...context=public_law_and_legal_th... PDF](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/...context=public_law_and_legal_th...)).

²¹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, sez.I, *Tkachevy v. Russia*, ric. n. 35430/05, 14 febbraio 2012, § 50.

4. Il giusto equilibrio tra potere fiscale e diritti fondamentali: alcune brevi considerazioni

La ricostruzione del percorso motivazionale della sentenza *N.K.M. v. Ungheria* mette in evidenza come anche in questo caso la Corte abbia applicato l'art.1 Prot.1 valutando la sussistenza di tre distinti principi: a) il principio dell'effettività, b) il principio del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia di ingerenza nell'esercizio dei diritti garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli e c) il principio di proporzionalità tra i mezzi utilizzati per legittimare l'ingerenza e gli obiettivi perseguiti²². Seguendo questa tripartizione, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni.

a) Il significato autonomo di proprietà accolto dalla Corte Edu e la garanzia effettiva del diritto tutelato dalla Convenzione

La Corte Edu, come anticipato, ha scelto la via della ridefinizione estensiva dell'ambito applicativo della CEDU, attribuendo un significato giuridico autonomo ai concetti giuridici contenuti nelle norme convenzionali (c.d. interpretazione "autonoma"), anche se diverso dal significato accolto nei vari Stati membri del Consiglio d'Europa. In altre parole, attraverso questo strumento, la Corte cerca di *porre un argine all'aggiramento della portata precettiva della Convenzione*, mediante l'introduzione nel diritto nazionale di differenze formali con lo scopo di impedire l'*effettività* delle garanzie convenzionali²³.

Secondo l'orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, alla Corte non compete «*de trancher la question de savoir si il y a ou non droit de propriété au niveau interne*» in quanto «*la notion de*

²² Cfr., in dottrina, DE SALVIA, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 234 s.

²³ Cfr. FERNÁNDEZ-BERMEJO, *The Multilevel Protection of the Right of Property in Europe in China-EU Law Journal*, 2015, 4, 75 (<http://link.springer.com/10.1007/s12689-014-0050-z>), che oltre a soffermarsi sull'ambito di applicazione del diritto di proprietà nei diversi sistemi di tutela, azionali e sovranazionali, offre anche una panoramica dell'attuale sistema costituzionale di tutela del diritto di proprietà in Europa contro le interferenze causate nella sua sfera da parte delle autorità pubbliche, sia nazionali che europee.

“biens” (en anglais “possessions”) de l’article 1 du Protocole n. 1 a une portée autonome»²⁴.

Proprio con riferimento alla proprietà, il problema non è di poco conto, per le indubbie ripercussioni che si hanno sulle categorie giuridiche interne²⁵.

L’elaborazione della disposizione contenuta nell’art. 1 del Protocollo n. 1, fu difatti accompagnata da un dibattito acceso per mediare tra due visioni del diritto di proprietà, l’una che lo ricostruiva come diritto individuale e fondamentale, l’altra come diritto qualificato da una funzione sociale²⁶. E se la corretta sintesi tra le due accezioni fu poi identificata in una tutela meno elevata che permettesse l’individuazione di un minimo comun denominatore tra le diverse normative dei singoli Stati, questa soluzione non ha impedito alla Corte EDU di estendere ampiamente la portata del suddetto art. 1.

Da tale articolo la giurisprudenza Edu ha, in primo luogo, dedotto tre norme, di cui una di ordine generale, contemplata nel primo periodo del comma 1, enuclea il principio del rispetto della proprietà²⁷; l’altra, contemplata nel secondo periodo del comma 1, disciplina le ipotesi di privazione della proprietà in presenza di determinate condizioni; la terza infine, prevista nel comma 2, riconosce agli stati il diritto di disciplinare

²⁴ Corte eur. dir. uomo, *Matos e Silva, Lda, e altri c. Portogallo*, ric. n. 15777/89, 16 settembre 1996, § 75; sez.III, *Gasus Dossier – und Fördertechnik GmbH c. Paesi Bassi*, ric. 42052/98, 23 febbraio 1995, § 53.

²⁵ Al riguardo cfr. CONFORTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, in M. COMPORI (a cura di), *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, 113, il quale si chiede se «nel ricostruire la nozione di bene ovvero nel bilanciare l’interesse generale della comunità statale con l’interesse generale», «la Corte non sia andata un po’ troppo oltre».

²⁶ Per una sintesi delle questioni sorte in relazione all’introduzione della tutela del diritto di proprietà nella CEDU si veda CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. internaz.*1970, 175 ss., spec. p. 231, dove si sofferma sulle «travagliate fasi di gestazione» dell’art. 1, Prot. 1; BARIATTI, *Genesi ed interpretazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nei lavori preparatori*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 218 e ss.; PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2003, p. 4 e ss.; DE SALVIA, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 233; BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, Milano, 2005; sull’ambito di applicazione v. anche la ricostruzione operata da LEIJTEN, *From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2013, 13, 309.

²⁷ Più precisamente le espressioni linguistiche utilizzate nei due testi ufficiali della Convenzione europea sono: «droit au respect de ses biens», nella versione francese, «peaceful enjoyment of his possessions» nella versione inglese.

l'uso dei beni al fine di perseguire l'interesse generale o assicurare il pagamento delle imposte²⁸.

Ma è stata soprattutto l'incessante espansione in via interpretativa dell'ambito di applicazione di questo articolo, che a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha permesso alla Corte Edu di giungere ad assicurare una tutela più ampia al diritto di proprietà rispetto a quella riconosciuta dal diritto interno agli Stati membri²⁹. Ed è grazie alla nozione autonoma di bene tutelato nell'art. 1 che la Corte si è spinta ad affermare come tale articolo «*ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels: certaines autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour de "biens" aux fins de cette disposition*»³⁰.

La Corte ha così ampliato l'ambito applicativo dell'art.1, Prot.1, includendovi non soltanto la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche, tra gli altri³¹, i crediti rispetto ai quali un soggetto può avere un legittimo affidamento che vengano realizzati, come nel caso in esame³². Al fine della sussistenza di una aspettativa legittima e ragionevole (*espérance légitime et raisonnable*) di ottenere il godimento effettivo di un diritto proprietà, la Corte ha dunque richiesto -seguendo il proprio costante orientamento giurisprudenziale³³- che tale aspettativa si fondi su un

²⁸ Per l'elaborazione della tripartizione cfr. Corte eur. dir. uomo, *Sporrong e Lönnroth v. Svezia*, ric. n. 7151/75, 23 settembre 1982, poi ribadita anche in *James e altri v. Regno Unito*, ric. n. 8793/79, 21 febbraio 1986. In dottrina cfr. l'interessante l'analisi svolta sul punto da DE SALVIA, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 234; sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo cfr., oltre alla dottrina citata nelle note precedenti, MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 228 ss.

²⁹ Un *leading case* in tema di applicazione dell'art.1, Prot.1 è infatti senz'altro la sentenza *Sporrong e Lönnroth v. Svezia*, cit.

³⁰ Più di recente, nello stesso senso, si veda Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Brosset-Triboulet v. Francia*, ric. n. 34078/02, 28 marzo 2010.

³¹ Come ad esempio i crediti da lavoro nei confronti di società a partecipazione maggioritaria pubblica: cfr. al riguardo Corte eur. dir. uomo, *Aurelia Popa v. Romania*, ric. n. 1690/05, 26 gennaio 2010, nella quale la Corte, investita da un ricorso in tema di ritardo nella corresponsione dell'indennità di licenziamento da parte di una società a prevalente partecipazione statale sottoposta a procedura fallimentare, ha ricompreso il credito di lavoro nei confronti di tale società nell'ambito applicativo dell'art.1 Prot.1.

³² Cfr. il par. 34 della sentenza *N.K.M. c. Ungheria*, cit.

³³ Tale principio fu per la prima volta affermato nel caso *Pine Valley c. Irlanda* (cfr. Corte eur. dir. uomo, *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda*, ric. n. 12742/87, 29 novembre 1991, § 51). Il principio per il quale la nozione di "beni" può riguardare tanto i beni effettivamente esistenti, quanto i valori patrimoniali, inclusi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno una "legittima aspettativa" di ottenere il godimento

sufficiente fondamento giuridico sul piano interno (*sur une base suffisante en droit interne*)³⁴. Viceversa, nei casi in cui esistano contrasti sulla corretta interpretazione ed applicazione della normativa interna, l'aspettativa del richiedente non è ritenuta meritevole di tutela ai sensi dell'art.1 Prot.1³⁵.

La Corte ha poi giustificato l'inquadramento del diritto invocato sotto la previsione dell'art. 1 sulla base dell'essere il TFR già stato guadagnato o comunque sicuramente dovuto, tanto più che l'imposizione fiscale su di esso stava a dimostrare che lo Stato lo aveva ritenuto un reddito esistente (parr. 35-36).

In altri casi, invece, la Corte è giunta addirittura a estendere la garanzia dell'art. 1 Prot. 1, a situazioni di mero fatto che, sebbene caratterizzate dalla carenza di un legittimo affidamento del ricorrente e dalla violazione della normativa interna, sono state comunque ritenute meritevoli di tutela per effetto della condotta tollerante od omissiva della pubblica autorità. Basti pensare, solo per fare un esempio al noto caso sentenza *Beyeler c. Italia*, con il quale la Corte ha riconosciuto la natura di bene tutelabile ex art. 1, Prot. 1, ad un quadro sottoposto a vincolo di interesse storico e artistico, acquistato in violazione della normativa italiana sui contratti di compravendita, attribuendo rilievo decisivo al comportamento delle autorità italiane a lungo tolleranti della situazione di fatto realizzatasi³⁶.

effettivo di un diritto di proprietà fu in seguito confermata nel noto caso *Pressos Compania Naviera S.A. c. Belgio*, ric. n. 17849/91, 3 luglio 1997.

³⁴ In tal senso, *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Depalle v. Francia*, ric. n. 34044/02, 29 marzo 2010, § 63; sez. II, *Saghinadze e altri v. Georgia*, ric. 18768/05, 27 maggio 2010, § 103; Grande Camera, *Fabris v. Francia*, ric. n. 16574/08, 7 febbraio 2013; Grande Camera, *Centro Europa 7 srl e Di Stefano v. Italia*, ric. n. 38433/09, 7 giugno 2012, § 179.

³⁵ In tal senso, *ex multis*, Grande Camera, *Kopecky v. Slovacchia*, ric. n. 44912/98, 28 settembre 2004, § 50, per la quale «*on ne peut conclure à l'existence d'une "espérance légitime" " lorsqu'il y a controverse sur la façon dont le droit interne doit être interprété et appliqué et que les arguments développés par le requérant à cet égard sont en définitive rejetés par les juridictions nationales*», nonché gli altri precedenti indicati nella sentenza in esame, *N.K.M. c. Ungheria*, cit. § 35 «*where a proprietary interest is in the nature of a claim, the person in whom it is vested may be regarded as having a "legitimate expectation" if there is a sufficient basis for the interest in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming its existence. However, no "legitimate expectation" can be said to arise where there is a dispute as to the correct interpretation and application of domestic law and the applicant's submissions are subsequently rejected by the national courts*».

³⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande camera, *Beyeler c. Italia*, cit., e le osservazioni su questa pronuncia di PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. inter.*, 2000, 781 ss.

In sintesi, è senz'altro meritorio lo sforzo della Corte Edu di ampliare l'ambito applicativo del diritto di proprietà, offrendo tutela a situazioni altrimenti prive di garanzia. La Corte non dovrebbe tuttavia prescindere dall'esigere che *il bene sia stato acquisito conformemente al diritto interno*, né ritenere *sanabili, a seguito di comportamenti tolleranti o omissivi dell'autorità pubblica, situazioni di mero fatto realizzatesi in violazione della legislazione nazionale*.

Criteri questi che la Corte non può omettere di applicare se non vuole correre il rischio di non vedere eseguite le proprie sentenze, evenienza sempre più paventata dalla Corte stessa e con la quale si trova spesso a fare i conti³⁷.

b) *Il margine di apprezzamento*

Come si è sopra ricordato, l'art. 1, Prot. 1, all'universalità del diritto di proprietà, proclamato nel primo periodo del comma 1, fa seguire l'elenco delle condizioni che consentono agli Stati membri di limitare il diritto in questione. Sono in esso previste, per così dire, «clausole di interferenza»³⁸, presenti del resto anche in molte Costituzioni del secondo dopoguerra, che permettono al potere pubblico di restringere legittimamente la portata assoluta dei diritti fondamentali, sulla base dell'interesse generale.

All'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo vi sono, infatti, disposizioni che attraverso le clausole di interferenza riconoscono il potere statale di comprimere i diritti (quali gli artt. 8-11 e appunto l'art. 1, Prot. 1) e disposizioni che affermano principi generali senza alcuna limitazione testuale, tanto che in dottrina si è distinto tra *inviolable core rights* e *personal freedoms*³⁹, tra diritti assoluti e diritti limitati⁴⁰.

³⁷ Come la vicenda che ha portato alla sentenza *A e B c. Norvegia* in tema di *ne bis in idem* sembra ben testimoniare, laddove la Corte ha rivisto il proprio orientamento sul divieto di essere perseguiti due volte sul medesimo fatto, proprio per evitare che gli stati membri non dessero esecuzione alle condanne pronunciate a Strasburgo nei loro confronti (cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, ricc. nn. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016).

³⁸ Cfr. F. DONATI - MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, 2002, 21 ss.

³⁹ Cfr. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer, The Hague, 1996, 189 ss.

⁴⁰ S. GREEN, *The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights*, luglio 2000, Council of Europe Publishing ([www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf)). Su

Queste limitazioni possono essere comunque ammesse soltanto se previste dalla legge (e difatti la Corte, nel caso di specie, ha in primo luogo sgombrato il campo dai dubbi circa la previsione legislativa della misura restrittiva in esame) e se perseguono uno scopo legittimo.

Le modalità di valutazione della legittimità dello scopo risentono ovviamente dell'indeterminatezza che caratterizza la clausola dell'interesse generale prevista nell'art. 1, Prot. 1. La Corte, invero, quando deve applicare clausole dal contenuto vago e indeterminato esercita un controllo meno stringente sulle scelte legislative statali ed è attenta nel dare rilievo alle concrete situazioni vigenti nei diversi paesi e, in particolare, al caso concreto da cui origina il ricorso.

La Corte, nondimeno, richiede un giusto equilibrio tra il diritto fondamentale di proprietà e le esigenze della collettività⁴¹, ma nel valutare tale bilanciamento tra diritto del singolo e interesse generale, riconosce il *margin* di apprezzamento di cui godono «le autorità statali»⁴². Queste ultime,

queste differenti impostazioni dottrinali, cfr. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, 2007, Bologna, 145 ss., spec. 160.

⁴¹ Con riferimento alla proporzionalità dell'ingerenza cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Mellacher e altri c. Austria*, ricc. nn. 10522/82, 11011/84 e 11070/84, 19 dicembre 1989, § 48, dove si legge testualmente che «une mesure d'ingérence doit ménager un "juste équilibre" entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La recherche de pareil équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 (P1-1) tout entier, donc aussi dans le second alinéa. Il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé». Al riguardo la Corte richiama le sentenze *Sporrong e Lonroth v. Svezia*, cit., § 69 e *James e altri v. Regno Unito*, cit., § 59.

⁴² Sulla dottrina del margine di apprezzamento, oltre alla dottrina citata nelle note seguenti, cfr. *ex multis*, GANSHOFF VAN DER MEERSCH, *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Melanges Wiarda*, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 201 ss.; OLINGA - PICHERAL, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne de droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1995, n. 24, 567 ss.; DELMAS MARTY - IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, ss.; ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, Intersentia, 2002; GARCIA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convnio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cuadernos Civitatis, Aranzadi, 2010; BARBAROSA DELGADO, *Los Límites a La Doctrina Del Margen Nacional De Apreciación En El Tribunal Europeo Y La Corte Interamericana De Derechos Humanos: Intervención Judicial En Torno a Ciertos Derechos De Las Minorías Étnicas Y Culturales*, in *Revista Derecho del Estado*, 2011, n. 26, 107 ss.; nonché, volendo, E. BINDI, *Test de proporcionalidad en el "age of balancing"*, in *Revista de Derecho Político*, n. 96, 2016, 289 ss., spec. 317 ss.

«per il fatto di essere in continuo contatto con le forze vitali del paese», si trovano «in linea di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per dare opinioni sull'esatto contenuto dei limiti»⁴³ e apprezzare ciò che è «nell'interesse pubblico»⁴⁴, alla luce del quale giustificare privazioni di proprietà o interferenze con il pacifico godimento dei beni da parte di misure generali aventi natura legislativa⁴⁵.

Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Edu determina, pertanto, lo spazio assegnato ai singoli Stati in sede di applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per operare il bilanciamento tra adempimento degli obblighi pattizi e perseguimento dei propri interessi statali⁴⁶. È una tecnica dunque di flessibilità, che permette di modulare le soluzioni giurisprudenziali in funzione dell'identità dei singoli Stati. La Corte stessa ha sottolineato come «lo scopo del margine di

⁴³ Così Corte eur. dir. uomo, *Handyside v. Regno Unito*, ric. 5493/1972, 7 dicembre 1976, § 48.

⁴⁴ Cfr. ad esempio, Corte eur. dir. uomo, *Lithgow e altri v. Regno Unito*, ricc. nn. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9313/81, 9405/81, 8 luglio 1986, nel quale la Corte ha respinto il ricorso avverso una legge di nazionalizzazione sospettata di contrastare con l'articolo 1 del I Protocollo a causa della inadeguatezza dell'indennizzo accordato, osservando che le autorità nazionali sono in una condizione migliore per stabilire quale debba essere la misura più appropriata dell'indennizzo in relazione alle circostanze; e il caso. Nella sentenza sul caso *James e altri v. Regno Unito* del 1986, cit., la Corte ripropone la propria giurisprudenza in ordine alla *better position* che gli Stati manterrebbero nella valutazione dell'interesse pubblico, ed in ordine all'assenza di principi comuni degli Stati sulla legittimità dell'espropriazione della proprietà.

⁴⁵ Con particolare riferimento ai metodi interpretativi adottati dalla Corte Edu, soprattutto con riguardo al diverso grado di deferenza nei confronti delle scelte delle autorità nazionali in tema di politiche economiche e sociali, cfr. MOLA, *The Margin of Appreciation Accorded to States in Times of Economic Crisis: An Analysis of the Decision by the European Committee of Social Rights and by the European Court of Human Rights on National Austerity Measures*, in *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 2015, 5, 174 ss., (http://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1188).

⁴⁶ La dottrina maggioritaria sottolinea come il margine non può ovviamente essere concepito come una "pagina bianca" che lascia un potere incondizionato agli Stati in tema di tutela di diritti fondamentali (cfr. MAHONEY, *Mervellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 1998, 6). Se è indubbio che il margine di apprezzamento comporta un certo potere discrezionale, rimane comunque uno spazio sottratto alle scelte discrezionali dei legislatori nazionali: cfr. OLINGA - PICAL, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne de droits de l'homme*, cit, 603; KRATOCHVÍL, *Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of The Human Rights*, in *Neth. Q. Hum. Rts.*, 2011, 29, 324, (www.corteidh.or.cr/tablas/r26992.pdf); J. GERARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, 2011, 17.

apprezzamento varia a seconda delle diverse circostanze, della materia oggetto della controversia e del bagaglio culturale»⁴⁷.

Se la Corte si ostinasse a imporre le sue decisioni senza tenere conto del loro impatto nel paese in cui è originato il caso, potrebbe correre seriamente il rischio non solo di non vedere eseguite le proprie sentenze, ma anche di minare la tenuta della Convenzione stessa, il cui fine è realizzare un *minimo standard* di protezione de diritti. Come affermato a chiare lettere nel Preambolo, lo scopo è costruire una unione più stretta fra «*quei popoli animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto delle libertà e di preminenza del diritto mediante la salvaguardia dei diritti universali*». E il calare da Strasburgo una tradizione culturale e sociale non agevola il percorso di condivisione dei valori.

Proprio al fine di non applicare in maniera penetrante il suo sindacato e mantenersi in una posizione di *self-restraint*, la Corte Edu ha elaborato il criterio del *consensus standard*, ovvero un consenso internazionale circa il livello di tutela del diritto esistente nei diversi Paesi. In altre parole, la Corte accerta se vi è un *consensus standard* e lo eleva a *standard minimo* di tutela per tutti i paesi.

Ovviamente se non c'è *consensus* si allarga il margine di apprezzamento degli Stati, e quindi la loro discrezionalità⁴⁸, come avviene con riferimento alle questioni concernenti il diritto di proprietà, ambito nel quale gli Stati membri non hanno elaborato *standard* comuni di tutela, come ad esempio sulla legittimità dell'espropriazione⁴⁹.

Anche nel caso di specie, la Corte si preoccupa di ribadire l'ampio margine di apprezzamento accordato in materia fiscale soprattutto in tempi in cui gli Stati sono costretti a fronteggiare una crisi economica ormai strutturale. Il Parlamento ungherese si era limitato a introdurre una nuova tassa sul TFR dei dipendenti del settore pubblico cessati dall'impiego al fine di soddisfare il senso di giustizia sociale e proteggere le finanze pubbliche in un momento di difficoltà economica. Lo scopo perseguito dalla legge

⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, *Rasmussen v. Danimarca*, ric. n. 8777/1979, 28 novembre 1984, § 40.

⁴⁸ O. GROSS - AOLÁIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, 23, 3, 624 ss.; BREMS - LAVRYSEN, *Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights*, *ivi*, 2013, 35, 176 ss., (muse.jhu.edu/article/497804/pdf).

⁴⁹ Così F. DONATI- P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 21 e 26.

ungherese, volto a combattere indennità eccessive, rientrava dunque nell'ambito di apprezzamento statale e era pertanto legittimo.

c) *Il controllo di proporzionalità*

Allo spazio di scelta lasciato agli Stati fa però da contraltare il controllo della Corte sulla proporzionalità delle misure derogatorie alle disposizioni CEDU.

È attraverso il giudizio di proporzionalità che la Corte riesce pertanto a controllare il margine di apprezzamento e a fissarne i confini, ancorché caso per caso. Se gli Stati sono autorizzati a limitare un diritto fondamentale per tutelare l'interesse collettivo, la loro discrezionalità non è illimitata e la Corte è chiamata a verificare la ragionevolezza/proporzionalità delle scelte nazionali effettuate: nel caso N.K.M. dunque, a fronte della legittimità dello scopo perseguito dalla misura restrittiva, si utilizza un mezzo che non supera invece il test di proporzionalità⁵⁰.

Il fine di soddisfare il senso di giustizia sociale e proteggere le finanze pubbliche non può, infatti, giustificare la compressione *sproporzionata* del diritto fondamentale di proprietà. E sottoporre il TFR ad una imposizione fiscale che supera *di circa tre volte* l'imposta generale sul reddito personale, equivale a far sopportare al singolo, in un momento di *considerevole difficoltà personale*, un onere *eccessivo e sproporzionato* che si pone in contrasto con l'art. 1, Prot. 1, CEDU.

La Corte anche in questo caso per giustificare le sue incursioni nell'ambito delle scelte discrezionali dei legislatori nazionali, utilizza tecniche decisorie già collaudate quali il test di proporzionalità, cui molte volte ha fatto ricorso in sede applicativa dell'art. 1, Prot. 1.

Proprio con riferimento alla quantificazione dell'indennizzo che la Corte, difatti è stata chiamata, in più occasioni a valutare la ragionevolezza del bilanciamento tra interesse generale e interesse del singolo proprietario del bene espropriato. Pur in assenza della previsione di un indennizzo nell'art. 1 da attribuire al soggetto privato del proprio diritto, la Corte EDU ha ripetutamente richiesto che in caso di espropriazione del bene non solo fosse

⁵⁰ Sul rapporto tra il principio del giusto equilibrio e il margine della dottrina di apprezzamento, MOWBRAY, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review* 2010, 10, 289, (<http://hrlr.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/hrlr/ngq006>). Sulle strategie processuali e con particolare riferimento ai rapporti tra Corte EDU e Corti nazionali v. J. GERARDS, *The Prism of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, 8.

corrisposto tale indennizzo, ma che il suo importo fosse ragionevole e proporzionato in rapporto al valore venale del bene espropriato⁵¹.

Alcuni in dottrina hanno letto in questo orientamento giurisprudenziale il prevalere di una prospettiva individualistica su quella sociale e collettiva accolta nell'art. 42 della Costituzione italiana, che impone la funzionalizzazione della proprietà privata ai doveri di solidarietà sociale⁵².

In questo caso tuttavia, la Corte, sebbene non chiamata a pronunciarsi in tema di espropriazione, non ha mancato di sottolineare nel proprio ragionamento proprio la *funzione sociale* del TFR e più precisamente ha dapprima ampliato l'ambito di applicazione dell'art. 1, Prot. 1, facendovi rientrare anche i crediti da lavoro; in secondo luogo, ha precisato come quei crediti non possono essere semplicemente considerati come *beni patrimoniali; data la loro funzione sociale*, ma devono essere considerati come *misure socialmente importanti destinate ai lavoratori che sono stati licenziati e che desiderano rimanere nel mercato del lavoro*. Infine, ha concluso rimarcando che l'imposizione fiscale non può gravare in modo eccessivo e sproporzionato su di un gruppo.

Ciò che merita sottolineare è che i giudici di Strasburgo alla fine pongono attenzione soprattutto sul significato sociale della proprietà, a ciò che quella somma rappresenta per un soggetto che ha perso il lavoro, e quindi la tassazione, nei termini previsti dalla normativa ungherese, tradisce lo scopo stesso *dell'imposizione fiscale che è quello di garantire allo Stato i mezzi per lo svolgimento dei servizi essenziali e l'adempimento dei doveri di solidarietà, che sono a loro volta il presupposto per il concreto riconoscimento dei diritti fondamentali*.

In altre parole la Corte, attraverso l'inclusione dei crediti da lavoro nell'ambito del diritto di proprietà, sembra tendere al superamento della

⁵¹ Cfr. ad esempio, *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, sez. II, *Perinati c. Italia*, ric. n. 8073/05, 6 ottobre 2009, nonché recentemente, Corte eur. dir. uomo, sez. IV, *Chinnici c. Italia*, ric. n. 22432/03, 14 aprile 2015 (vertente sulla mancata rivalutazione delle somme dovute a titolo di indennizzo) e i precedenti ivi citati. Per la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, v. la sent. n. 181/2011, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 5 bis comma 3 del D.L. n. 333 /1992 cit., il quale disciplinava l'indennizzo dovuto per le aree non edificabili.

⁵² MANDÒ, *La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritti Umani in Italia*, 3 giugno 2014.

distinzione tra diritti patrimoniali negoziabili e diritti fondamentali non negoziabili sovraordinati ai poteri costituiti⁵³.

Questo caso, così come l'altro pressoché identico, S.Rz. c. Ungheria, sembra inoltre testimoniare come la Corte europea ponga attenzione al significato sociale del diritto di proprietà, ma ricostruendolo dal basso in modo che nell'era della crisi dei debiti sovrani il diritto di proprietà possa essere letto in funzione di garanzia di altri diritti, con lo scopo di assicurare la massima protezione possibile agli interessi socio-economici⁵⁴.

5. Conclusioni

Il caso *N.K.M. v. Ungheria*, così come il caso *R.Sz. v. Ungheria*, costituisce un emblematico esempio di come la Corte Edu può porre argini alle decisioni governative nell'era della crisi dei debiti sovrani europei, ed è un ulteriore conferma che il margine di apprezzamento non è uno strumento pericoloso, soprattutto quanto la Corte si trova a valutare casi relativi ai paesi dell'Est, come paventato da alcuni giudici di Strasburgo⁵⁵. Il controllo di proporzionalità dimostra, infatti, ancora una volta di essere una tecnica giurisprudenziale indispensabile per rimuovere scelte legislative contrastanti con gli obiettivi di giustizia sociale⁵⁶.

Il principio di proporzionalità, o meglio il *test* di proporzionalità, come tecnica argomentativa, nata nell'ordinamento tedesco, si è del resto ormai irradiato, anche grazie all'opera della Corte di giustizia, in molti paesi

⁵³ Cfr. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto e I fondamenti dei diritti fondamentali* entrambi in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, I ed., 2001, 119 ss.; 277 ss.

⁵⁴ Cfr. LAVRYSEN, *Transforming the Right to Property*, <http://strasbourgobservers.com/2013/07/17/transforming-the-right-to-property/#more-2129>, che sostiene che il diritto di proprietà è strumentalizzato – richiamato in ordine alla protezione di altri diritti – al fine di garantire la massima protezione possibile agli interessi socio-economici. Nella dottrina italiana cfr. ABRIANI, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. It.*, 2010, II, 2227 ss, spec. 2228, ha sottolineato come la Corte EDU ha progressivamente ampliato, attraverso una incessante “*campagne conquérante*”, l'ambito applicativo della disposizione disciplinante il diritto di proprietà.

⁵⁵ Cfr. l'opinione concorrente del giudice Martens (§ 3) e l'opinione dissenziente del giudice Makarczyk (§ 1) in Corte eur. dir. uomo, *Brannigan e McBride v. Regno Unito*, ric. nn. 14553/189 e 13554/1989, 25 maggio 1993.

⁵⁶ FRAZER - MARLIER, *Social Impact of the Crisis and Developments in the Light of Fiscal Consolidation Measures*, disponibile in www.srseuropa.eu/publications5/2011-Crisis.pdf.

dell'Unione europea, ed è addirittura divenuto uno dei concetti centrali del costituzionalismo globale, in quanto strumento che favorisce il dialogo tra le Corti mediante la circolazione di modelli giuridici e standard argomentativi. Il modello tedesco, difatti, non ha avuto soltanto diffusione nei paesi dell'area europea e nei sistemi dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa, ma è riuscito a penetrare anche nei paesi di *Common law*, e in particolare nel Canada⁵⁷.

La Corte Edu, che non può sostituire le proprie scelte a quelle adottate dai governi nazionali, ma deve limitarsi a sindacarne la conformità alla Convenzione, è chiamata molto spesso a valutare la proporzionalità della compressione dei diritti in essa tutelati, stando molto attenta a dare conto di tutti i passaggi del *test* di proporzionalità quando soprattutto affronta questioni spinose⁵⁸: basti pensare alla sentenza *Perinçek* in tema di negazionismo con la sua dettagliata articolazione in fasi del *test* di proporzionalità⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. Corte Suprema del Canada, *Regina v. Oakes*, 28 febbraio 1986, che rappresenta il primo caso in cui la Corte suprema utilizza il *test*, distinguendolo in più fasi): cfr. al riguardo almeno, GROPP, *User-friendly Court. The influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies*, in *Supreme Court Law Review*, 2007, 337 ss.; COVARRUBIAS CUEVAS, *La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación*, in *Revista Chilena de Derecho*, 2012, vol. 39, n. 2, p. 447 ss.; D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in *University of Toronto Law Journal*, 2007, vol. 57, 2, p. 383 ss; TELESE, *Le limitazioni al godimento di diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti in Canada tra universalità e diversità culturale*, Milano, 2000, 83 ss.; V. C. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *The Yale Law Journal*, 2015, 124, 8, 2680 ss.

⁵⁸ Cfr. il saggio di CONTIADES - FOTIADOU, *Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10, 660, (<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/mor080>), che, tra le altre cose, dimostra come il ricorso ad una tecnica decisoria quale la proporzionalità permetta la costruzione del contenuto dei diritti sociali sulla base di bilanciamento degli interessi in conflitto, gettando così una serie di regole di base per il legislatore; nonché il volume di T-I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, vol. 8, Brill Nijhoff, 2015, soprattutto cfr. le osservazioni conclusive dove l'A. si sofferma su come i *test* di proporzionalità possono essere strutturati al fine di garantire meglio la legittimità del controllo svolto.

⁵⁹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Perinçek v. Svizzera*, ric. n. 27510/08, 15 ottobre 2015. Su alcuni importanti aspetti del *test* di proporzionalità cfr. KLATT - MEISTER, *Proportionality-a Benefit to Human Rights? Remarks on the [middle dot]CON Controversy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10, 687 (<http://icon.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icon/mos019>); KHOSLA, *Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply*, in *International journal of constitutional law*, 2010, 8,

Vista l'ampia diffusione dell'utilizzo di queste tecniche argomentative, il dibattito teorico internazionale più recente ha richiamato l'attenzione sui pericoli insiti nello scrutinio di proporzionalità e più in generale su tutte le tecniche argomentative di bilanciamento⁶⁰. La paura di fondo è che il principio di proporzionalità, strumento per eccellenza della c.d. *età del bilanciamento* finisca per soffocare l'autonomia politica democratica⁶¹.

Riemergono in controluce i sospetti verso le Corti, *organi privi di legittimazione popolare*, che hanno tuttavia il potere di controllare le scelte del Parlamento⁶².

Due secoli ed oltre di costituzionalismo, e soprattutto le democrazie costituzionali del secondo dopoguerra, dovrebbero aver già dimostrato ampiamente che l'esistenza di un organo di garanzia, chiamato a sindacare e, se del caso, correggere la decisione maggioritaria, costituisce un irrinunciabile strumento di tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento sia interno che sovranazionale. Le Corti costituzionali e sovranazionali

298 (<http://icon.oxfordjournals.org/content/8/2/298.short>); J. GERARDS, *How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights*, in *Int'l J. Const. L.*, 2013, 11.

⁶⁰ Nell'ampia letteratura al riguardo, v. almeno, ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1986), Bologna, il Mulino, 2012; D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004, 162; BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, 2010, Cambridge, 2012, cap. 7; PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, cit.; ID., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014; STONE SWEET - MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, 73 ss., spec. 80; COHEN ELIYA - PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013, cap. 1; PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, 47 ss.; MÖLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, 2012; CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, capp. 3 e 4; per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a E. BINDI, *Test de proporcionalidad en el "age of balancing"*, cit., 289 ss.

⁶¹ Per una critica al ricorso alle tecniche di bilanciamento e al *test* di proporzionalità, v. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 121 ss., nonché NIMMER, *The Right to Speak from Times to Time. First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in *California Law Review*, vol. 56, 1968, 947; L. B. FRANZ, *The First Amendment in the Balance*, in *The Yale Law Journal*, vol. 71, n. 81962, 1424 ss.; B. NEUBORNE, *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, in *Case Western Law Review*, vol. 38, 1988, 578; DE LORA, *Tras el rastro de la ponderación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, n. 60, 367 (recensione al libro di RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000).

⁶² Sui problemi connessi alla legittimazione della Corte EDU, cfr. ZWART, *More Human Rights than Court: Why the legitimacy of the European Court of Human Rights is in need of repair and how it can be done*, in FLOAITIS - ZWART - FRASER (a cura di), *The European Court of Human Rights and its Discontents: Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar Publishing, Inc., 2013, 78.

trovano quindi il fondamento della loro legittimazione democratica non nell'elezione popolare, ma nella *funzione* svolta, grazie alla quale la decisione maggioritaria viene accettata anche dalle forze di minoranza se e in quanto espressione di valori condivisi.

Certo vi è sempre la possibilità che al fine di arginare la tirannia della maggioranza, si apra la porta alla tirannia degli organi di garanzia; è innegabile che l'applicazione di diritti dalla formulazione così ampia e il consequenziale ricorso a tecniche di bilanciamento possa spostare l'asse del potere decisionale dagli organi rappresentativi, titolari dell'indirizzo politico verso gli organi non rappresentativi, di garanzia. Ed è per far fronte a tale evenienza che la dottrina di area europea ha negli anni elaborato tecniche decisorie, quale il *test* di proporzionalità, in funzione di controllo del percorso argomentativo seguito dalle Corti, in modo che le decisioni non vengano poste al riparo delle critiche⁶³.

In conclusione, l'impiego dei *test* di proporzionalità consente di controllare che le decisioni maggioritarie non ledano i diritti individuali; tuttavia, anche se le Corti elaborano *test* e li applicano con coerenza, facendo corrispondere ad essi procedimenti argomentativi ben determinati, da cui discende un più agevole controllo sul percorso motivazionale, non per questo i pericoli di arbitrio delle Corti in sede di valutazione del bilanciamento operato dal legislatore sono arginati. Le Corti conservano sempre il potere di individuare il punto di equilibrio fra i diritti in conflitto sovvertendo la scelta dell'organo rappresentativo e persino l'affermazione che il nucleo essenziale di un diritto deve essere preservato, non basta ad arginare l'ampio potere discrezionale delle Corti e non riesce a fugare i timori verso il loro possibile abuso.

Nonostante gli innegabili rischi che le Corti possano spingersi in un terreno loro precluso, sovvertendo il delicato equilibrio delle scelte degli organi rappresentativi in tema di diritti fondamentali, e nonostante le inevitabili crepe che si potrebbero pertanto verificare nel modello di *judicial review* se gli organi di chiusura del sistema abusassero dei loro poteri, il controllo di legittimità sugli atti legislativi da parte di istanze "neutrali e terze" costituisce senza dubbio uno strumento imprescindibile non solo di accrescimento del tasso di democraticità degli Stati costituzionali, ma di

⁶³ Sull'importanza di conoscere il percorso argomentativo seguito dalla Corte, cfr. le considerazioni di ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 206 ss. e la bibliografia ivi citata.

sussistenza stessa della democraticità delle democrazie contemporanee, tanto più in tempi di crisi.

LA PROTEZIONE DEI LAVORATORI IN CASO DI INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO: POTENZIALITÀ E CONTRADDIZIONI DELLE TUTELE EUROPEE

Elena Sorda

Dottore di ricerca in diritto pubblico comparato presso l'Università di Siena

Il saggio esamina la disciplina europea in materia di tutela del lavoratore in caso di insolvenza del datore di lavoro, facendo particolare riferimento alla direttiva 2008/94/CE e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'obiettivo è evidenziare quale sia la posizione assunta dal Giudice di Lussemburgo rispetto alla tutela di lavoratori e come questo aspetto si collochi – in termini più generali – rispetto alla protezione dei diritti sociali.

The paper analyses the European law with regard to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer. A special attention is given to the Directive n. 2008/94/CE and to the European Court of Justice case law. This article aims at underlying which is the approach adopted by the ECJ on the protection of employees and how such topic is related – in more general terms – to the protection of social rights.

Sommario:

1. Note introduttive
2. Il contesto europeo in materia di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro.
3. I precedenti giurisprudenziali. Il caso *Robins* (2007).
4. Segue. Il caso *Veli Mustafa* (2013).
5. Il caso *Thomas Hogan* (2013) deciso dalla Corte GUE e il contesto normativo irlandese.
6. Segue. Le vicende oggetto della causa e le questioni giuridiche sollevate.
7. Segue. La risposta della Corte di Giustizia.
8. Segue. Il quadro finale.
9. La tutela europea dei diritti sociali, fra potenzialità e contraddizioni

1. Note introduttive

La crisi economica che negli ultimi anni ha investito l'Europa ha causato e sta ancora determinando molteplici problemi che, oltre a riguardare la produzione economica in senso stretto, coinvolgono anche varie manifestazioni dei diritti umani. Fra essi, i primi a essere pregiudicati sono i diritti sociali che, per loro natura, nella maggior parte dei casi necessitano di una spesa economica da parte dello Stato per essere tutelati¹.

Qui ci si concentrerà sul tema della protezione dei diritti previdenziali in tempo di crisi, facendo particolare riferimento alle ipotesi in cui i lavoratori vengano danneggiati dallo stato di insolvenza del datore di lavoro, nonché al comportamento che – alla luce della normativa europea – gli Stati membri sono tenuti ad applicare in questa ipotesi.

Il lavoro trova il proprio fulcro nell'esame della sentenza *Thomas Hogan* della Corte di Giustizia dell'Unione europea (in avanti anche Corte GUE). Quest'ultima offre diversi spunti, tuttavia in questa sede ci si concentrerà su due interrogativi fondamentali. In primo luogo, considerando il dovere posto in capo agli Stati membri dell'Unione di tutelare i lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, ci si domanda se tale dovere imponga degli oneri di natura economica e come essi possano essere quantificati. La seconda questione è determinare se e quando uno Stato membro possa dedurre l'esistenza di un periodo di crisi economica per motivare un

¹ In questa occasione non ci si concentrerà sulla natura *fondamentale* o meno dei diritti sociali e sulle ragioni che portano a propendere per l'una o l'altra teoria, così come non si approfondiranno gli elementi che hanno portato a qualificarli come *diritti condizionati*. Tuttavia, fra i molti testi che possono essere consultati al riguardo, si possono ricordare: MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 806; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in ROMBOLI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 79; MODUGNO, *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 123 e ss.; POLITI, *I diritti sociali*, in NANIA e RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. III, Torino, 2006, 1019; SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011; KING, *Judging social rights*, Cambridge, 2012; GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, Barcelona, 2013; ANSUATEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Bari, 2014; PUPO, *Principi relativi ai diritti sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, aprile 2014, disponibile su http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/047_1_pupo.pdf.

abbassamento dei livelli di tutela a cui è tenuto in base alla normativa europea.

2. Il contesto europeo in materia di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro

L'Unione europea da tempo si è dotata di norme che disciplinano gli oneri degli Stati membri nell'ipotesi in cui i diritti dei dipendenti risultino danneggiati dalla sopravvenuta insolvenza del datore di lavoro.

Documento fondamentale in questo senso è la direttiva 80/987 che – negli anni – è stata più volte modificata e aggiornata (si pensi alla dir. 2002/74), fino a confluire nell'ultimo testo che raccoglie i cambiamenti apportati e consolida la disciplina: la direttiva 2008/94/CE.

Quest'ultimo documento è stato adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea il 22 ottobre 2008 ed è rubricato come testo relativo «alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro». Obiettivo principale è quello di offrire maggiori tutele ai dipendenti, nell'ottica di quanto previsto dall'art. 7 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, secondo cui il mercato interno deve portare a un miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori. A tal fine si riconosce la necessità – per gli Stati membri – di introdurre un sistema di garanzie atto a proteggere i dipendenti, specie rispetto al pagamento dei diritti da loro maturati nei confronti di un datore di lavoro divenuto insolvente, sempre nel rispetto di un «equilibrato sviluppo economico e sociale nella Comunità» (dir. 2008/94, punti 2 e 3 dei *considerando*).

La direttiva ipotizza che ogni Paese individui uno specifico organo garante (la cui responsabilità può comunque essere limitata) e riconosce la necessità di definire il concetto di «stato di insolvenza» alla luce delle tendenze legislative dei membri dell'Unione, includendovi anche le procedure diverse dalla liquidazione. Stabilisce inoltre che il documento sia applicato ai lavoratori a tempo indeterminato, così come a quelli a tempo determinato e a tempo parziale (dir. 2008/94, punti 4, 5 e 7 dei *considerando*, nonché art. 2).

Il capo I precisa che, ai sensi dell'applicazione della direttiva, un datore di lavoro si intende in stato di insolvenza quando viene richiesta l'apertura di una procedura concorsuale (basata sull'insolvenza di questi e disciplinata dalla normativa nazionale) che comporti lo spossessamento del datore di lavoro stesso e la designazione di un curatore o di una figura analoga (art. 2).

L'art. 1 precisa che la direttiva si applica ai diritti dei lavoratori subordinati maturati nei confronti di datori di lavoro insolventi. Precisa, tuttavia, che in via eccezionale è possibile non applicarla nei confronti di talune categorie di dipendenti, qualora le stesse godano già di un'altre forme di tutela che offrano garanzie equivalenti a quelle della direttiva stessa. Inoltre, qualora la normativa nazionale disponga già di disposizioni in questo senso, possono essere esclusi dall'applicazione anche i lavoratori domestici impiegati presso persone fisiche o i pescatori retribuiti a percentuale. Per quanto riguarda l'apparato definitorio, si riconoscono le peculiarità a livello nazionale per quanto concerne il significato di espressioni quali «lavoratore subordinato», «datore di lavoro», «retribuzione», «diritto maturato» e «diritto in corso di maturazione» (art. 2.2).

Il capo II detta le regole fondamentali di funzionamento degli organi chiamati a garantire per la soddisfazione dei diritti maturati dai dipendenti (si parla espressamente di retribuzioni), la durata del periodo che dà luogo al pagamento, la possibilità di fissare dei massimali la cui soglia deve comunque essere compatibile con l'obiettivo di tutela sociale perseguito dalla direttiva. Da notare che l'organo di garanzia deve disporre di un patrimonio proprio, indipendente dal capitale del datore di lavoro e non suscettibile di sequestro in caso di insolvenza; inoltre il datore di lavoro deve contribuire al finanziamento di detto capitale, a meno che non si disponga che esso sia garantito esclusivamente da pubblici poteri.

Il capo III (artt. 6-8) tocca la sicurezza sociale e i contributi previdenziali maturati, quali i regimi contributivi integrativi diversi dai regimi contributivi nazionali. A tal proposito la direttiva dispone che allo Stato spetta l'onere di verificare che i datori di lavoro corrispondano le somme in tal senso dovute prima che si verifichi l'insolvenza e che questi è altresì chiamato a vigilare affinché – una volta aperta la procedura concorsuale – si adottino le tutele necessarie nei confronti dei lavoratori per quanto concerne i diritti maturati o in via di maturazione.

Il capo IV disciplina le ipotesi in cui i datori di lavoro operino all'interno di più Paesi membri; infine il capo V si occupa delle disposizioni di chiusura e armonizzazione della disciplina.

3. I precedenti giurisprudenziali. Il caso *Robins* (2007)

Il caso *Thomas Hogan*, che verrà meglio esaminato oltre, merita di essere considerato alla luce di un precedente giurisprudenziale della Corte GUE, che già nel 2007 si era espressa su una vicenda analoga: si tratta della sentenza

Carol Marilyn Robins et al. c. Secretary of State for Work and Pensions (Corte GUE, causa C-278/05, 25 gennaio 2007 – in avanti: caso *Robins*).

Prima di allora, la Corte di Giustizia aveva già avuto modo di esprimersi sull'applicazione della sua disciplina sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro e, fra questi, rientra anche la famosa sentenza *Francovich* (Corte GUE, cause C-6/90 e C-9/90, 19 novembre 1991). Quest'ultima, però, è passata alla *storia* della giurisprudenza europea non tanto per l'interpretazione data alla materia oggetto del contendere, quanto perché, per la prima volta, si è riconosciuta la possibilità di imputare a uno Stato (in quell'occasione l'Italia) i danni arrecati dalla mancata trasposizione di una direttiva nell'ordinamento nazionale.

Diverso è quanto accaduto nel caso *Robins*, i cui fatti di causa assomigliano molto a quelli della sentenza *Thomas Hogan*. La vicenda – su cui la Corte europea si è pronunciata nel 2007 – concerne la causa intentata da un gruppo di lavoratori il cui datore di lavoro, una società con sede nel Regno Unito, si era trovato in stato di insolvenza. Era altresì emerso che, a causa di tale circostanza, i regimi pensionistici integrativi attivati dalla società (e la cui contabilità era indipendente da questa) in favore dei dipendenti dovevano essere liquidati. In base alla normativa nazionale, in primo luogo doveva essere liquidato quanto dovuto alle persone che già percepivano una prestazione pensionistica e, una volta fatto ciò, le eventuali somme restanti dovevano essere liquidate in favore dei (ormai ex) dipendenti. Poiché i fondi rimanenti erano insufficienti per corrispondere a questi ultimi quanto da loro maturato, sono state loro corrisposte cifre inferiori, pari – a seconda dei casi – al 20% o al 49% di quanto dovuto.

I soggetti danneggiati avevano ritenuto responsabile il Regno Unito, obiettando un'inadeguata attuazione della direttiva allora vigente in materia (cioè la direttiva 80/987/CEE), giacché lo Stato non aveva garantito livelli di tutela sufficienti rispetto ai diritti maturati. La causa era poi sfociata in un rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte GUE, chiamata a interpretare il documento comunitario e a chiarirne i termini di applicazione.

In tale occasione, il giudice comunitario in primo luogo ha sottolineato che gli Stati membri godono della massima flessibilità rispetto alla scelta delle modalità di garanzia dei diritti maturati dai lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro (potendo, per esempio, anche optare per una forma di assicurazione obbligatoria del *trust*), ma sono in ogni caso chiamati ad assicurare la tutela degli interessi dei dipendenti, in equilibrio con un adeguato sviluppo sociale ed economico (caso *Robins*: par. 38-39). Al tempo stesso, però, si precisa che l'art. 8 della direttiva non può essere interpretato

nel senso da imporre allo Stato la restituzione integrale di quanto maturato (caso *Robins*: par. 45-46).

Vista l'assenza di un obbligo comunitario rispetto alla garanzia dell'intera somma dovuta, la Corte GUE riconosce l'opportunità di individuare quale sia il livello minimo di tutela al quale gli Stati membri sono chiamati a provvedere. A tale proposito constata l'impossibilità di quantificare in termini percentuali precisi quale sia il livello di protezione irrinunciabile ma, al tempo stesso, osserva che «disposizioni nazionali suscettibili di condurre in talune situazioni a una garanzia delle prestazioni limitata al 20% o al 49% dei diritti che un lavoratore subordinato poteva far valere, vale a dire meno della metà degli stessi, non possono essere considerate rispondenti alla nozione di 'tutela' accolta dall'art. 8 della direttiva» (caso *Robins*: par. 57).

Insomma, se da un lato si riconosce che non esiste un limite massimo al livello di tutela che gli Stati membri sono tenuti a fornire, così come non c'è l'obbligo di garantire l'intera soddisfazione delle pretese maturate dai dipendenti, al tempo stesso le medesime non possono essere sacrificate in modo eccessivo. Quest'ultimo limite minimo, che pure non può essere chiaramente quantificato, senza dubbio non può scendere sotto la metà di quanto dovuto.

4. Segue. Il caso *Veli Mustafa* (2013)

Un altro precedente che può essere rapidamente preso in considerazione è dato dal caso *Meliha Veli Mustafa contro Direktor na fond 'Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite' kam Natsionalnia osiguritelena institut* (da ora caso *Veli Mustafa*, Corte GUE, causa C-247/12, 18 aprile 2013), che ha coinvolto la Bulgaria.

Ancora una volta la normativa da applicare concerne la tutela di lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. Tuttavia, a differenza di quanto occorso nei casi *Robins* e *Thomas Hogan*, qui il conflitto non riguarda tanto le prestazioni di anzianità o regimi pensionistici integrativi, quanto la maturazione del diritto a ricevere l'onorario e l'indennità di ferie per le prestazioni svolte.

In particolare la ricorrente contestava che, in base al recepimento della normativa europea fatto dalla Bulgaria, lo Stato non le garantiva la percezione delle somme a lei dovute per le prestazioni svolte a partire dalla data di dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza e di inizio delle procedure di liquidazione. In questo caso la Corte GUE ha interpretato la

direttiva 2008/94 in termini di maggior favore nei confronti dello Stato: ha, cioè, ritenuto che l'onere gravante sullo Stato membro fosse stato adempiuto nel momento in cui l'ordinamento bulgaro aveva garantito la corresponsione di quanto realizzato prima della dichiarazione di insolvenza; viceversa, anche considerando la pubblicità e la maggior certezza conseguente alla dichiarazione giudiziale di inizio delle procedure di liquidazione, i lavoratori stessi erano in grado di percepire lo stato di difficoltà economica in cui versava il datore di lavoro e, continuando a lavorare presso questi, in un certo senso accettavano anche il rischio di poter essere danneggiati.

La differenza principale che può essere riscontrata rispetto al caso *Robins* è che mentre quest'ultimo toccava le prestazioni di anzianità, introducendo una sorta di obbligazione di risultato per lo Stato, nella sentenza *Veli Mustafa* – dove si toccano i diritti retributivi – la Corte di Giustizia abbraccia un approccio meno garantista rispetto ai lavoratori e maggiormente flessibile rispetto al Paese che qui è, di fatto, chiamato a un'obbligazione di mezzo.

Insomma, la trasposizione della direttiva impone agli Stati obbligazioni di natura diversa, a seconda della diversa natura dei diritti dei lavoratori toccati.

5. Il caso *Thomas Hogan* (2013) deciso dalla Corte GUE e il contesto normativo irlandese

La sentenza *Thomas Hogan et al. c. Minister for Social and Family Affairs, Ireland, Attorney General* (in avanti: caso *Thomas Hogan*), è stata emessa dalla Corte GUE il 25 aprile 2013, nella causa C-398/11, originata da un rinvio pregiudiziale proposto dalla High Court dell'Irlanda.

Le vicende oggetto della controversia riguardano un gruppo di lavoratori dipendenti di una società, che nel 2009 dichiara il proprio stato di insolvenza. In conseguenza di ciò, emerge anche la presenza di un cospicuo disavanzo nei due fondi (aventi natura di *trust*) costituiti dalla medesima società a titolo previdenziale complementare. Da ciò deriva che, in base ai calcoli fatti in sede di liquidazione dal soggetto competente, ai lavoratori sarebbero spettati dal 18% al 28% delle somme dovute loro in ragione dei diritti maturati in qualità di dipendenti. Si pone quindi il problema dell'effettiva tutela dei lavoratori e della congrua liquidazione di quanto loro spettante alla luce delle tutele previste dalla direttiva 2008/94.

Per meglio comprendere l'origine della controversia è opportuno guardare al funzionamento dell'ordinamento irlandese, in cui sistema previdenziale prevede tre tipi di prestazione. Prestazioni a carattere contributivo, prestazioni a carattere non contributivo (di assistenza sociale,

per chi non ha i requisiti per accedere alla precedente categoria) e prestazioni a carattere universale (destinate a tutti i soggetti; in alcuni casi la loro erogazione prescinde totalmente dal reddito del destinatario).

La pensione contributiva di vecchiaia (nota come *State pension (contributory)*) si basa un sistema di assicurazione sociale, finanziato tramite il versamento di contributi (o PRSI – cioè *Pay Related Social Insurance*) versati dai lavoratori al SIF (*Social Insurance Fund*², a cui contribuisce anche lo Stato. Tutti i lavoratori, subordinati o autonomi, che abbiano un'età compresa fra i 16 e i 67 anni sono tenuti a iscriversi al sistema assicurativo sociale. Tuttavia, nel caso in cui le persone iscritte percepiscano una somma inferiore ai 38 euro alla settimana o qualora abbiano più di 67 anni, i contributi al fondo assicurativo coprono solo le malattie professionali e gli infortuni sul lavoro. Se al momento del raggiungimento dei 67 anni il lavoratore che ha versato un numero sufficiente di contributi, questi percepisce una pensione settimanale di 230 euro (cifra fissa, il cui ammontare è indipendente dalla retribuzione percepita dal lavoratore nell'arco della sua attività lavorativa)³.

Parallelamente al regime della pensione legale, in Irlanda sono previsti dei regimi complementari di previdenza, che permettono ai dipendenti di integrare la cifra stanziata dallo Stato. Esistono principalmente tre tipi di soluzioni: piani di risparmio pensionistico (o *Personal Retirement Savings Accounts*) normalmente proposti da società di investimento, istituti di credito o enti assicurativi; contratti pensionistici annuali (o *Retirement Annuity Contracts*); fondi aventi natura di *trust* creati dal datore di lavoro stesso⁴. Questi ultimi sono distinti e indipendenti dal patrimonio del datore di lavoro (non possono quindi da questi essere utilizzati per ripianare eventuali debiti) e vengono affidati ad amministratori indipendenti (*trustees*) che li gestiscono nel solo interesse dei lavoratori beneficiari.

Qualora un datore di lavoro costituisca un regime previdenziale complementare, questi lo può liquidare in qualsiasi momento e, in caso di

² Per essere più precisi, sono i datori di lavoro i soggetti tenuti a versare i contributi maturati dai singoli dipendenti nell'apposito fondo pubblico.

³ Il tema viene affrontato nel documento *I diritti di previdenza sociale in Irlanda*, elaborato dalla Commissione europea nel 2012, che può essere reperito al seguente link: http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20Rights%20in%20Ireland_it.pdf

⁴ Schema disponibile all'indirizzo: <http://www.pensionfundsonline.co.uk/content/country-profiles/ireland/93>. Secondo la medesima fonte, attualmente circa il 50% dei lavoratori irlandesi avranno la possibilità di accedere a una pensione integrativa in base alla loro adesione a uno dei tre sistemi sopra menzionati.

liquidazione del fondo (a prescindere che ciò avvenga per insolvenza o per altre ragioni), gli attivi dello stesso vengono distribuiti fra i dipendenti. Se i regimi complementari hanno fondi attivi sufficienti, i lavoratori possono maturare il diritto a una pensione integrativa. Essi vengono finanziati con contributi versati sia dal datore di lavoro (con un contributo annuo), che dai lavoratori (con una percentuale della loro retribuzione). In questo contesto una delle questioni più complesse riguarda il criterio secondo cui viene quantificato l'importo che ogni anno il datore di lavoro è chiamato a versare. Detta cifra viene stabilita dal *Pensions Act* (1990), cioè la disciplina irlandese in materia pensionistica, secondo cui la somma da versare deve garantire che, a lungo termine, il fondo sia dotato di attivi sufficienti ad adempiere ai propri obblighi; è quindi quantificata in modo tale da raggiungere un «equilibrio dei costi» (Corte GUE, *Thomas Hogan*, par. 10) a lungo termine, fra attivi e passivi.

6. Segue. Le vicende oggetto della causa e le questioni giuridiche sollevate

I fatti che hanno originato la sentenza *Thomas Hogan* del 2013 possono essere così brevemente riassunti.

I ricorrenti sono un gruppo di ex dipendenti di una società irlandese specializzata nella produzione di cristallo. Tutti i lavoratori della suddetta società, al momento dell'assunzione, erano tenuti obbligatoriamente ad aderire a uno dei due regimi previdenziali complementari istituiti dalla stessa e aventi natura giuridica di *trust*. L'adesione comportava che, una volta raggiunta la pensione, il fondo avrebbe erogato una somma integrativa che corrispondeva ai due terzi della cifra ricavata sottraendo l'importo della pensione legale dall'imposta dell'ultima retribuzione effettiva percepita.

Nel 2009, però, è stato accertato che la società datrice di lavoro versava in uno stato di insolvenza e che anche i regimi previdenziali complementari erano in passivo (in particolare il disavanzo fra attivi e perdite era pari a circa 110 milioni di euro). A causa di ciò, i dipendenti iscritti ai regimi previdenziali avrebbero ricevuto solo una frazione delle somme loro spettanti in base ai diritti maturati. I lavoratori si sono sentiti fortemente danneggiati e hanno pertanto adito in giudizio lo Stato e le istituzioni irlandesi competenti, ritenendo che non stessero garantendo loro le tutele imposte dalla direttiva 2008/94. In particolare, secondo i calcoli dei tecnici individuati dai ricorrenti, i lavoratori avrebbero percepito dal 18% al 28% delle somme dovute, mentre secondo i tecnici dell'Irlanda, la percentuale in oggetto oscillava fra il 16% e il 41% di quanto loro spettante.

La questione è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte GUE e i principali interrogativi sollevati toccavano i seguenti punti:

a) In primo luogo ci si chiedeva se la direttiva del 2008 fosse applicabile anche al caso di specie visto che, nel diritto irlandese, la perdita delle prestazioni pensionistiche dei regimi previdenziali complementari non fa sorgere di per sé alcun diritto nei confronti del datore di lavoro. E, in ragione di ciò, ci si domandava in quale misura si potesse ritenere responsabile lo Stato in base alla normativa europea.

b) Ci si chiedeva poi se nel conteggio della percentuale dei diritti maturati da liquidare andasse incluso, o meno, anche l'ammontare della pensione legale e in che misura questo potesse determinare un minor onere dello Stato rispetto alla garanzia dei diritti maturati con regimi previdenziali alternativi.

c) Un'altra questione sollevata concerneva le cause che avevano portato all'insolvenza del regime pensionistico integrativo. Nel caso di specie ci si domandava se – per applicare l'art. 8 della direttiva 2008/94 – fosse necessario dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità fra insolvenza del datore di lavoro e perdita dei diritti pensionistici maturati.

d) Prendendo in considerazione il precedente dato dalla sentenza *Robins et al.* (e la quantificazione percentuale della tutela in essa avanzata), veniva chiesto se lo *standard* di protezione adottato dall'Irlanda potesse essere reputato sufficiente, essendo in linea con lo sviluppo economico e sociale perseguito dalla direttiva. Inoltre ci si chiedeva se la condizione economica in cui verteva l'Irlanda al momento del fatto potesse essere qualificata come una circostanza sufficientemente eccezionale per ammettere un livello di tutela economicamente inferiore a quello che sarebbe stato ritenuto necessario in altre circostanze.

Cercando di elaborare un quadro di sintesi, possiamo dire che i temi fondamentali toccati (e individuati in sette questioni pregiudiziali) sono nella sostanza due. Essi concernono l'applicabilità della direttiva e la quantificazione degli oneri di tutela che gravano sullo Stato. Per quanto concerne l'applicabilità della direttiva ci si chiede se i lavoratori abbiano un titolo adeguato per agire e se rilevino le cause che hanno portato al *deficit* del regime integrativo. Rispetto alla quantificazione degli oneri gli interrogativi vertono, da una parte, sulla possibilità di considerare quanto lo Stato già versa ai lavoratori in sede di pensione legale e, dall'altra parte, sulla corretta applicazione degli *standards* di tutela già individuati nel caso *Robins*, anche alla luce dell'attuale situazione economica.

7. Segue. La risposta della Corte di Giustizia

La Corte europea esamina le questioni avanzate. In prima istanza riconosce che la direttiva del 2008 deve essere applicata anche al caso di specie: affermare che nel diritto irlandese non esiste una norma che permetta ai lavoratori di ricorrere contro il datore di lavoro per le vicende in esame non significa che la direttiva non dia loro un titolo sufficiente. In particolare, il fatto che i dipendenti siano contrattualmente obbligati, all'inizio del rapporto di lavoro, a sottoscrivere uno dei regimi previdenziali predisposti dal datore di lavoro, implica che essi maturino dei diritti a prestazioni di vecchiaia nell'ambito di un regime contrattuale conforme a quanto disposto dall'art. 1 della direttiva 2008/94.

Il secondo punto concerne il modo in cui deve essere quantificato l'onere di tutela dello Stato. In particolare, nel verificare se questi abbia quantificato (e corrisposto) correttamente tutte le garanzie dovute, ci si domanda se la pensione legale possa essere presa in considerazione. A tal proposito la Corte GUE sottolinea che l'art. 8 della direttiva 2008/94 si riferisce espressamente alla tutela degli interessi maturati rispetto a regimi complementari di previdenza, specificando che essi vanno considerati ontologicamente differenti dai regimi legali nazionali (in cui rientra anche la pensione legale prevista in Irlanda): per questa ragione i due regimi pensionistici devono essere considerati come elementi distinti e non sovrapponibili rispetto all'ipotesi in esame.

Rispetto al terzo punto, cioè all'eventuale necessità di dimostrare la presenza di un nesso di causalità fra insolvenza del datore di lavoro e insolvenza del regime integrativo, ancora una volta la Corte di Giustizia fornisce un'interpretazione ampia del testo, che risulta garantista rispetto ai diritti maturati dai dipendenti. Il giudice europeo ricorda che la direttiva 2008/94, specie nel suo art. 8, punta alla tutela dei lavoratori e non menziona in alcun momento le cause che possono aver condotto all'insolvenza. Di conseguenza, a prescindere da quali siano le cause che hanno portato all'insufficiente copertura finanziaria del regime previdenziale complementare (che siano legate a una cattiva gestione finanziaria, a un'evoluzione sfavorevole dei mercati, a mancati versamenti imputabili a lavoratori o datore di lavoro, oppure ad altro ancora), qualora il datore di lavoro versi in uno stato di insolvenza e a causa di esso non disponga delle risorse economiche sufficienti a integrare la carenza del fondo, il soggetto chiamato a intervenire per tutelare i diritti dei dipendenti è lo Stato.

Infine, il quarto punto è quello che maggiormente tocca il precedente fornito dalla sentenza *Robins* (e i criteri di tutela in essa individuati) e il

contesto economico come circostanza straordinaria idonea ad attenuare i doveri di tutela dello Stato rispetto ai lavoratori.

Nel riprendere i punti centrali affermati nel caso *Robins*, la Corte di Giustizia ricorda che la direttiva non fissa dei limiti massimi o minimi alla tutela che gli Stati sono chiamati a offrire, né dà disposizioni circa il modo di regolamentare questa materia. Tuttavia, precisa anche che limitare la garanzia a meno della metà dei diritti che il lavoratore ha maturato non corrisponde alla nozione di *tutela* perseguita dalla direttiva stessa.

Rispetto al rapporto fra fattore economico e provvedimenti adottati dallo Stato per l'attuazione della direttiva, la Corte afferma che: «tale attuazione tiene conto dei requisiti di uno sviluppo economico e sociale equilibrato prendendo in considerazione, da un lato, l'evoluzione divergente e poco prevedibile della situazione economica degli Stati membri e, dall'altro, la necessità di assicurare ai lavoratori subordinati una garanzia minima di tutela in caso d'insolvenza del datore di lavoro dovuta, per esempio, ad un'evoluzione sfavorevole delle condizioni economiche» (Corte GUE, caso *Thomas Hogan*: par. 44).

A questo concetto poco dopo viene aggiunto che, per verificare se un ordinamento ha dato corretto adempimento all'art. 8 della direttiva, bisogna considerare «non le specificità dei provvedimenti adottati da uno Stato membro [...], bensì il risultato derivante dall'applicazione di siffatti provvedimenti nazionali» (caso *Thomas Hogan*: par. 45).

Insomma, poiché la situazione di crisi economica in cui versa uno Stato costituisce una delle cause *naturali* dell'insolvenza delle imprese, questa non può essere considerata come un fattore eccezionale idoneo a giustificare una minore tutela da parte delle istituzioni. Al contrario, poiché la direttiva lascia un ampio margine di autonomia rispetto all'individuazione dei possibili meccanismi di tutela, l'obbligazione a cui sono vincolati gli Stati è di risultato, non di mezzo. Pertanto, non rilevano né il contesto economico avverso, né la normativa articolata per gestire le conseguenze dell'insolvenza del datore di lavoro; ai fini del rispetto della disciplina europea contano solo i risultati e le tutele che vengono proporzionate ai lavoratori nelle ipotesi in esame. E, fra esse, garantire loro una soddisfazione inferiore alla metà dei diritti maturati è sicuramente insufficiente.

8. Segue. Il quadro finale

Per concludere l'esame del caso *Hogan* è bene evidenziare alcuni aspetti di particolare interesse.

In primo luogo emerge che il principale criterio guida del giudice europeo in questo frangente è dato da un «equilibrato sviluppo economico e sociale nella Comunità», menzionato tanto nella direttiva del 2008 (considerando 3), quanto nel caso *Robins* e nel successivo caso *Hogan*. Il riferimento all'equilibrio mostra quanto l'intento degli organi comunitari sia quello di porsi in una posizione intermedia – bilanciata – fra datori di lavoro e lavoratori, tenendo conto tanto delle esigenze di crescita e benessere economico degli uni, quanto delle necessità di tutela e di sviluppo sociale degli altri. L'idea di fondo pare essere che lo sviluppo economico riguarda l'intera società, dallo Stato (e le sue istituzioni), alle imprese, ai singoli che ne fanno parte e, pertanto, tutti devono poterne trarre beneficio e, se necessario, sopportarne i sacrifici.

I sacrifici, nel caso di specie, vengono sopportati da tutti i soggetti coinvolti. Infatti, seppure la Corte di Giustizia abbia precisato che la direttiva 2008/94 non fissi nessun tetto massimo di tutela, al tempo stesso non impone nemmeno che, in caso di insolvenza, i diritti maturati vengano liquidati nella loro totalità: così facendo lo Stato è chiamato a dare tutele sufficienti, ma anche (gl)i (ex) lavoratori sono tenuti a sopportare una parte delle conseguenze economiche, quantificate nella mancata percezione di quanto loro spettante.

Un secondo fattore di interesse è che l'interpretazione fornita in questo frangente dalla Corte GUE è contraddistinta da una particolare attenzione nei confronti dei soggetti deboli, cioè dei lavoratori. L'evoluzione poco prevedibile e instabile del fattore economico diviene una delle ragioni che hanno portato gli organi europei a introdurre norme di tutela in caso di insolvenza del datore di lavoro e, pertanto, questo fattore non può essere dedotto come motivo per diminuire detta protezione.

Applicando la medesima logica di tutela, né la direttiva del 2008, né la Corte di Giustizia con la sua giurisprudenza individuano degli *standards* minimi o massimi per quantificare l'onere degli Stati rispetto alla corresponsione dei diritti maturati. Infatti, pur essendo consapevole che non sia corretto pretendere dagli Stati membri la liquidazione dei diritti maturati nella loro interezza, al tempo stesso la Corte ha ben chiaro che se quantificasse la soglia massima, questa bloccherebbe in partenza la possibilità per eventuali ordinamenti *virtuosi* di superare tale limite offrendo una tutela maggiore; viceversa, fissando una soglia minima, gli Stati avrebbero chiaro quale sia la quantificazione strettamente dovuta alla luce della normativa europea e difficilmente si sforzerebbero di offrire garanzie ulteriori. Non per nulla anche nel caso *Hogan* la Corte di Giustizia si limita ad affermare che quantificare la somma da versare in una cifra inferiore alla

metà di quanto complessivamente dovuto sicuramente è insufficiente, ma non si spinge a dare un'indicazione univoca rispetto alla soglia minima dovuta.

Infine, è interessante notare la *ratio decidendi* applicata dalla Corte GUE rispetto al fattore *crisi*. In particolare, viene evidenziato l'ampio margine di manovra e di autonomia lasciato agli Stati membri nel valutare il modo più opportuno per tutelare i lavoratori e, di conseguenza, sembra dirsi che spettava a questi adottare il sistema di tutela più adeguato alla luce del proprio sistema normativo, ma anche delle proprie debolezze e fragilità, in modo da creare una tutela previdenziale adeguata allo specifico apparato legislativo. Anche la decisione di qualificare la crisi come un elemento di destabilizzazione economica naturale (piuttosto che eccezionale) è sintomatica della decisione di attribuire le dovute responsabilità allo Stato (e al suo obbligo di tutela), che non può, pertanto, avvalersi di una delle possibili ragioni dello stato di insolvenza del datore di lavoro o dell'incapienza delle proprie casse per giustificare quella che, agli della Corte di Giustizia, è una violazione del diritto europeo e della sua direttiva 2008/94.

9. La tutela europea dei diritti sociali, fra potenzialità e contraddizioni

Se l'approccio adottato dalla Corte di Giustizia rispetto ai casi *Robins* e *Hogan* è encomiabile per la volontà di adottare un approccio garantista nei confronti dei soggetti deboli, ovvero i lavoratori, la valutazione di questa vicenda in termini più ampi presenta – in un certo senso – zone di luce e zone d'ombra.

In primo luogo, volendo partire con una *zona di luce*, va evidenziato il ruolo dell'UE rispetto alla protezione dei diritti sociali. Questi ultimi, per quanto qualificati come diritti umani, non sempre raggiungono anche lo *status* di diritti fondamentali. In particolare, questo accade in ragione della loro natura condizionata, che impone l'intervento di un soggetto terzo (solitamente il legislatore) per garantirne l'attuazione. Attuazione che, nella maggior parte dei casi, passa attraverso un esborso economico⁵: fattore,

⁵ Molti autori non condividono che la natura condizionata e la componente economica dei diritti sociali siano di per sé sufficienti a qualificarli come diritti umani non fondamentali. Di questa idea è per esempio Silvestri, che ricorda che – in misura maggiore o minore – tutti i diritti impongono un esborso da parte dello Stato (SILVESTRI, *Stato di diritto, tutela dei diritti*

questo, che rende particolarmente complessa la tutela dei diritti sociali in caso di crisi economica, laddove si rendano necessari consistenti tagli ai finanziamenti pubblici

A queste considerazioni di carattere teorico generale bisogna affiancare il contenuto delle Costituzioni nazionali dei Paesi membri dell'Unione, giacché i Costituenti hanno adottato approcci fra loro molto diversi. Così, per esempio, in Italia un buon numero di diritti sociali è stato inserito nella Costituzione del 1948⁶, similmente in Grecia la Costituzione codifica i diritti sociali in modo dettagliato, così come fanno anche le (più o meno) coeve carte di Spagna⁷ e Portogallo. La Costituzione Belga, invece, codifica pochi diritti sociali (si vedano gli artt. 23 e 24), ma conta su una legislazione molto sviluppata in materia; similmente in Germania il testo costituzionale codifica espressamente solo il diritto delle madri a essere tutelate e la protezione dell'ambiente, tuttavia definisce espressamente il Paese come Stato federale sociale e lascia buona parte della disciplina di tali diritti alla legislazione ordinaria o ai *Länder*. Anche la Costituzione svedese evita di codificare i diritti sociali, ma nella parte dedicata ai principi fondamentali dello Stato si afferma che lo scopo principale delle istituzioni pubbliche deve essere quello di mirare al benessere personale, economico e culturale dell'individuo; si

sociali e crisi delle finanze pubbliche, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 3).

⁶ Si osservi che, in aggiunta, la Corte costituzionale ha in più occasioni affermato che l'elenco di diritti sociali presente nella Costituzione non deve essere considerato esaustivo, bensì passibile di un'interpretazione estensiva, così da estendere il novero delle tutele sociali anche oltre quanto espressamente sancito dal testo del 1948. Storica in tal senso è la sentenza n. 404/1988, menzionata da SCIARRA, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in *EUI – Department of Law, Law Working Papers*, num. 9, 1998. Per un quadro più esaustivo sulla giurisprudenza costituzionale italiana in periodo di crisi economica si veda MASALA, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 189.

⁷ Va precisato che nel caso della Spagna alcune tutele, classicamente considerate come *sociali*, sono inserite nel capo II del titolo I della Costituzione fra i diritti fondamentali (così, per esempio, il diritto all'educazione e il diritto di sciopero); altre, invece, sono definiti "principi rettori della politica sociale ed economica" e inseriti nel capo III del titolo I (ad esempio il diritto alla salute e quello alla previdenza sociale). La differenza principale consiste nel fatto che le tutele qualificate come *diritti* possono essere disciplinate solo attraverso leggi, possono essere reclamate tramite un giudizio di amparo e vincolano in modo diretto giudici e legislatore; viceversa, le tutele qualificate come *principi rettori* non prevedono l'uso del giudizio di amparo, possono essere disciplinate anche tramite regolamenti e orientano l'attività di giudici e legislatori che, però, non sono da essi direttamente vincolati (art. 53 Cost. spagnola).

aggiunge che tale obiettivo deve essere perseguito principalmente attraverso l'implementazione del diritto al lavoro, alla casa e all'educazione, così come la promozione della previdenza e dell'assistenza sociale e della vita in un ambiente buono, sano e sicuro⁸.

In questo contesto, dove il valore costituzionalmente vincolante dei diritti sociali non rappresenta una costante e dove la tutela degli stessi necessita dell'attività del legislatore, la protezione degli individui risulta essere debole, specie laddove la presenza di una crisi economica globale impone agli Stati di fare delle scelte rispetto ai settori in cui investire le proprie risorse. Insomma, il binomio *fondi limitati e investimento pubblico* può avere conseguenze sfavorevoli per i soggetti deboli della popolazione che, in aggiunta, non sempre possono contare sulla tutela costituzionale delle proprie esigenze. Proprio in questo frangente possiamo collocare il ruolo positivo dell'Unione europea.

Quest'ultima, infatti, attraverso la propria normativa e il ruolo di garante e interprete realizzato dalla Corte di Giustizia, può imporre ai Paesi membri dell'Unione l'applicazione di garanzie che, diversamente, non verrebbero concesse. In questa linea logica dobbiamo inserire le sentenze del giudice di Lussemburgo nei casi *Thomas Hogan* e *Robins*, giacché il giudice europeo ha ritenuto che l'applicazione della disciplina nazionale di specie violasse la normativa comunitaria di riferimento nella parte in cui non si garantiva ai lavoratori una soddisfazione dei diritti da loro maturati in una percentuale soddisfacente.

Nella sostanza emerge che l'UE si fa garante di certe tutele (ascrivibili ai diritti sociali) e aggira i limiti in tal senso esistenti a livello nazionale, imponendone la protezione a livello comunitario. Il principio della *primauté*⁹

⁸ Per avere un quadro generale relativo alla disciplina dei diritti sociali negli ordinamenti nazionali si può consultare il testo di BUTT, *et al.*, *Fundamental Social Rights in Europe*, Working Paper: Social Affairs Series (SOCI 104 EN), European Parliament, Lussemburgo, 1999, disponibile su http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf.

⁹ Come noto il principio della *primauté* (o prevalenza) del diritto dell'UE sul diritto nazionale nelle materie di competenza europea è stato affermato per la prima volta nella sentenza *Costa c. Enel* (Corte GUE, causa C-6-64, 15 luglio 1964). Per un commento alla sentenza si possono vedere, *ex plurimis*, DE WITTE, *Retour à 'Costa'*. *La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 425-454, 1984; SCARANGELLA, *Comunità europea. Ordine costituzionale e norma comunitaria*, in *Jus Gentium*, 1966, 280-285; CATALANO, *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, in *Foro it.*, num. IV, 1964, col. 152-159; GORI, *La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri*, in *Giur. it.*, num. 1, sez. 1, 1964, co. 1073-1086. Per una sintetica ricostruzione del dialogo fra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale italiana si può

del diritto europeo – che in questo caso va, fra l'altro, nella direzione di una maggior tutela rispetto agli *standards* nazionali – può (potrebbe) essere utilizzato per offrire una maggiore protezione dei diritti sociali, superando i limiti o le carenze che gli ordinamenti nazionali presentano sotto questo profilo e – al contempo – arrivando a mitigare le criticità di cui è foriera la natura *condizionata* dei diritti sociali stessi.

Quest'ordine di osservazioni, però, non è privo di criticità. In particolare emerge una contraddizione interna nelle logiche proprie dell'ordinamento e delle politiche dell'UE. Non può infatti sfuggire che una delle ragioni che ha portato molti Paesi membri a intervenire direttamente sulla propria Costituzione e a operare dei tagli (che hanno poi comportato un decremento delle tutele sociali nei confronti della popolazione nazionale), va individuata nelle obbligazioni assunte nei confronti dell'Unione in materia di stabilità economica e pareggio di bilancio¹⁰. Contraddizione ancora maggiore allorché si consideri che i Trattati dell'UE escludono (a torto o a ragione, non è questa la sede migliore per discuterne) la propria competenza in materie fondamentali per i diritti sociali, impedendo così di pervenire a un'armonizzazione europea della disciplina, e limitandosi a regolarne solo alcuni aspetti, come nel caso della direttiva 2008/94.

Insomma, se molti dei sistemi nazionali di *welfare* versano in una grave crisi che ha imposto di operare degli ingenti tagli al bilancio, allo stesso tempo questa crisi va ricondotta alle politiche europee di austerità che, di fatto, sono state fra le principali responsabili dello smantellamento dei sistemi sociali nazionali – poco importa se connessi a diritti costituzionalmente tutelati – finendo di fatto per negare il principio di autonomia degli Stati membri in materia¹¹. A ulteriore dimostrazione delle contraddizioni europee in materia di tutela dei diritti sociali, è possibile

vedere TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia*, in *Cortecostituzionale.it*, 2012, disponibile su [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI BRUXELLES 2012_TESAURO.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_TESAURO.pdf).

¹⁰ Si veda il volume a cura di CONTIADES, *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013, che analizza l'impatto della crisi su vari ordinamenti costituzionali nazionali. Al suo interno si segnalano in particolar modo il contributo di MORGAN, *The Constitution and the Financial Crisis in Ireland*, p. 63 e ss., relativo all'Irlanda, e quello di GROPPI, SPIGNO e VIZIOLI, *The Constitutional Consequences of the Financial Crisis in Italy*, p. 89 e ss., per quanto concerne la situazione italiana.

¹¹ FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, disponibile su: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/043_9_fontana.pdf.

ricordare che la giurisprudenza stessa della Corte di Lussemburgo ha un andamento *ondivago* in materia. Così, come ricorda sempre Fontana¹² nella sua efficace ricostruzione, la limitata attenzione della Corte GUE nei confronti della sfera sociale è emersa con il c.d. *Laval Quartet*, formato dalle sentenze *Laval* (Corte GUE, causa C-341/05, 18 dicembre 2007), *Viking* (Corte GUE, 11 dicembre 2007), *Commissione c. Lussemburgo* (Corte GUE, 19 giugno 2008) e *Rüffert* (Corte GUE, 3 aprile 2008), caratterizzate da un indebolimento della posizione dei gruppi nel diritto del lavoro europeo specie sotto il profilo della contrattazione collettiva e del ruolo dei gruppi organizzati. Fatto che ha determinato, talvolta anche a livello nazionale, un indebolimento del ruolo dei sindacati.

Insomma, la posizione assunta delle istituzioni europee rispetto alla protezione dei diritti sociali pare essere caratterizzata da potenzialità e contraddizioni. Potenzialità per il ruolo garantista che la Corte di Giustizia potrebbe esercitare, specie laddove i diritti sociali non sono caratterizzati da una tutela rinforzata, di natura costituzionale (come invece solitamente accade per i diritti di prima generazione). E contraddizioni rispetto a quello che è l'effettivo operato delle istituzioni europee, che da un lato introducono una disciplina (come quella offerta dalla dir. 2008/94) atta a proteggere i soggetti deboli e ne confermano la portata all'interno di sentenze quali *Robins* e *Thomas Hogan*, e dall'altro impongono politiche economiche di *austerità* e non esitano a indebolire la posizione dei gruppi sindacali nelle azioni collettive innanzi alla Corte di Giustizia (come avvenuto nel *Laval Quartet*).

Resta auspicabile il raggiungimento di una maggiore coerenza interna, che sia in linea con gli obiettivi di un «equilibrato sviluppo economico e sociale» a cui ambisce (o dovrebbe ambire) la normativa europea.

¹² ID.

BIBLIOGRAFIA

- ANSUATEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Bari, 2014
- BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.
- BUTT, *et al.*, *Fundamental Social Rights in Europe*, Working Paper: Social Affairs Series (SOCI 104 EN), European Parliament, Lussemburgo, 1999, disponibile su http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf
- CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011.
- CATALANO, *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, in *Foro it.*, num. IV, 1964, col. 152-159.
- CONTIADES (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013.
- DE WITTE, *Retour à 'Costa'. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Revue trimestrelle de droit européen*, 425-454, 1984.
- FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, disponibile su: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0439_fontana.pdf.
- GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos*, Spagna, 2013.
- GORI, *La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri*, in *Giur. it.*, num. 1, sez. 1, 1964, co. 1073-1086
- KING, (2012): *Judging social rights*, Cambridge, 2012.
- LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in ROMBOLI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 79.
- MASALA, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 189.
- MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 806.
- MODUGNO, *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.
- POLITI, *I diritti sociali*, in NANIA e RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. III, Torino, 2006, 1019;
- PUPPO, *Principi relativi ai diritti sociali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, aprile 2014, disponibile su http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0471_pupo.pdf
- SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000
- SCARANGELLA, *Comunità europee. Ordine costituzionale e norma comunitaria*, in *Jus Gentium*, 1966, 280-285
- SCIARRA, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in *EU – Department of Law, Law Working Papers*, num. 9, 1998.
- SILVESTRI, *Stato di diritto, tutela dei diritti sociali e crisi delle finanze pubbliche*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 3.
- TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia*, in *Cortecostituzionale.it*, 2012, disponibile su http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_TESAURO.pdf

DECISIONI CGUE

- Andrea Francovich c. Repubblica Italiana e Danila Bonifacia *et al.* c. Repubblica Italiana, 19 novembre 1991. Corte GUE, cause riunite C-6/90 e C-9/90.
- Carol Marylin Robins *et al.* c. Secretary of State for Work and Pensions, 25 gennaio 2007. Corte GUE, causa C-278/05.

Commissione c. Lussemburgo, 19 giugno 2008. Corte GUE, causa C-319/06.

Costa c. ENEL, 15 luglio 1964. Corte GUE, causa C-6/64.

International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti (caso Viking), 11 dicembre 2007. Corte GUE, causa C-438/05.

Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet (o caso Laval), 18 dicembre 2007. Corte GUE, causa C-341/05.

Rüffert c. Land Niedersachsen, 3 aprile 2008. Corte GUE, C-346/09.

Veli Mustafa (Meliha Veli Mustafa c. Direktor na fond 'Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite' kam Natsionalnia osiguritelen institut), 18 aprile 2013. Corte GUE, causa C-247/12.

Thomas Hogan *et al.* c. Minister for Social and Family Affairs, Ireland, Attorney General, 25 aprile 2013. Corte GUE, causa C-398/11

DOCUMENTI

UE

Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, 9 dicembre 1989

Direttiva 80/987/CEE, del 20 ottobre 1980

Direttiva 2008/94/CE, del 22 ottobre 2008

IRLANDA

Pensions Act, 1990

EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Carlos Báez Silva

Director General de Asuntos Jurídicos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Il controllo di convenzionalità è la possibilità riconosciuta ad alcuni organi giurisdizionali di verificare la compatibilità di alcuni atti interni con trattati di diritto internazionale, in particolare con la Convenzione americana dei diritti umani.

Tale tipo di controllo non costituisce una novità nell'ordinamento giuridico messicano, seppure per lungo tempo sia stato svolto soltanto da alcuni organi dello Stato. Il caso Radilla Pacheco e l'Expediente Varios 911/2010 hanno comportato una estensione dell'obbligo di effettuare tale controllo, che ora ricade su tutti gli organi dello Stato.

Partendo da queste considerazioni, si analizzano in questo articolo le origini e l'evoluzione del controllo di convenzionalità in materia elettorale, soprattutto da parte della Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, giurisdizione "pioniera" nell'applicazione di tale controllo

The conventionality control is the possibility, recognized for some courts, to verify the compatibility of some internal acts with international treaties, in particular with the American Convention on Human Rights.

This type of control is nothing new for the Mexican legal system, although for a long time it has been carried out only by some State bodies. The case Radilla Pacheco and the Expediente Varios 911/2010 led to a compulsory extension of such control, which now is played by all the State bodies.

Based on these considerations, this article will focus on the origins and evolution of the conventionality control in electoral matters, especially as exercised by the Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a "pioneer" jurisdiction in the application of such control.

En el presente artículo se señala que el control de convenzionalità, en términos estrictos, no es un elemento nuevo en el sistema jurídico mexicano, pero restringido a ciertos órganos y medios jurídicos. Por lo tanto, se considera que los cambios introducidos a partir del caso Radilla Pacheco y el expediente Varios 911/2010 significan una ampliación de la obligación de realizar dicho control, que hoy recae en todos los órganos del Estado y puede realizarse en cualquier medio jurídico. A partir de esas reflexiones se parte al análisis del origen y evolución del control de convenzionalità en la materia electoral, realizado principalmente por la Sala Superior del TEPJF, para concluir que este órgano jurisdiccional era pionero en la materia y realizaba el control de convenzionalità antes de que fuera prescrito por la Constitución y la SCJN.

Sumario:

1. Introducción
2. TEPJF y control de constitucionalidad en materia electoral
3. La técnica de la interpretación conforme
4. El control de convenzionalità a través de la interpretación conforme

1. Introducción

“Control” significa “comprobación”, “inspección”, “fiscalización”, es decir, confirmación de la veracidad o exactitud de algo, “examinar”. Controlar, comprobar, inspeccionar o confirmar son acciones que implican necesariamente “comparar”, es decir, “fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o su semejanza”. Esto es así porque, por ejemplo, para confirmar la exactitud de algo, ese *algo* se ha de comparar con aquello que se estima o considera debe guardar una relación de semejanza hasta la exactitud.

Así, el control, o la acción de controlar, en el sentido de comprobar, inspeccionar o confirmar, implica comparar dos objetos, uno respecto del otro, para verificar que tanta diferencia o semejanza hay entre ambos. Comprobar o inspeccionar, controlar, en suma, implica que la comparación entre ambos objetos conlleva tomar a uno de ellos como parámetro o canon para determinar qué tan diferente o semejante es el objeto comparado, comprobado, inspeccionado, controlado.

Así, cuando se emplea la expresión “control de legalidad”, “control de constitucionalidad” o “control de convencionalidad”, en principio se alude a la actividad consistente en comparar dos textos normativos o dos normas, o un acto específico y una norma, con la finalidad de determinar que tantas semejanzas o diferencias existen entre ellas. Lo anterior supone que una de las normas o uno de los textos funciona como canon o parámetro para calificar la norma, el texto o el acto que es objeto de comparación, de comprobación, de inspección, de control.

Se afirma que una norma es “suprema”, es decir, que “no tiene superior”, en razón de que dicha norma es el *origen* (“causa de algo”), *principio* (“base”, “razón fundamental”) o fuente (“principio”, “fundamento”, “origen”) de otra u otras, las que deben “emanar” (“proceder”, “derivar”) tener su “origen y principio”) precisamente de esa otra superior.

“Dada la posición suprema que a las constituciones se reconoce en los órdenes jurídicos modernos, la mayor parte de éstos contemplan vías para garantizar esa superioridad [...] Mediante diversos procesos, ciertos órganos del Estado, primordialmente de carácter jurisdiccional, son competentes para determinar si una norma es contraria o no a la Constitución y, a fin de

mantener la supremacía mencionada, precisar qué consecuencia acarrea tal consideración.”¹

Lo anterior implica que la determinación en torno a si una norma es contraria o no a la ley suprema conlleva un ejercicio de comparación o contraste, mediante el cual una norma es comparada o contrastada con otra, siendo ésta el canon o parámetro para calificar la adecuación de aquella, que por eso mismo se considera, entonces, secundaria.

Así, cuando la norma que sirve de canon o parámetro de comparación y, por tanto, para calificar la adecuación de otra norma a aquella, es una norma constitucional, se habla de control de “constitucionalidad”. Cuando la norma que se usa de parámetro en la calificación es una ley, se habla de control de “legalidad”. Cuando la norma que se emplea como canon de comparación es una norma contenida en un tratado internacional, particularmente en la Convención Americana de Derechos Humanos, se habla de control de “convencionalidad”.

Por control de convencionalidad, quien contribuyó a la acuñación del término se refiere a “la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales [...] para verificar la congruencia entre actos internos [de los Estados] con las disposiciones del Derecho Internacional”, estrictamente el Derecho Interamericano de Derechos Humanos².

Cabe precisar que “el control de convencionalidad es una consecuencia de la obligación internacional [...] de respetar, garantizar y proteger los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, en este caso la [Convención Americana de Derechos Humanos], conforme a las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos].”³

En efecto, el artículo 1.1 de la citada Convención prescribe que los Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Por su parte, el artículo 2 de dicho instrumento internacional prescribe que, si el ejercicio de tales derechos y

¹ Cossío Díaz, José Ramón (2012), “Primeras implicaciones del caso Radilla”, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 26, junio-diciembre 2012, p. 36.

² García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAp, 2012, p. 213.

³ Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, p. 109.

libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas *o de otro carácter*, los Estados Partes se comprometen a *adoptar*, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas *o de otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha declarado que “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la *supresión* de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la *expedición* de normas y el *desarrollo de prácticas* conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”⁴.

Por su parte, el artículo 33 de la citada Convención prescribe que para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en tal Convención son competentes tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la CIDH.

En particular, el Artículo 62.1 de tal instrumento internacional prescribe que todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión al mismo, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la CIDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. Consecuentemente, el artículo 62.3 de ésta prescribe que la CIDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación⁵ y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, ora por convención especial.

⁴ *Cfr.* Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 207. Las cursivas son mías.

⁵ A su vez, el artículo 29 de la citada Convención prescribe que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que “el tribunal interamericano es el encargado de revisar que los actos y hechos de los Estados que han reconocido su competencia se ajusten a las disposiciones de la Convención Americana, de vigilar que el hacer o no hacer de los Estados se ajuste a la regularidad del tratado y, con ello, de asegurar y hacer efectiva la supremacía de éste”⁶.

En 1993, la CIDH afirmó que “[s]on muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, *omitiendo dictar* las normas a que está obligado por el artículo 2o. También, por supuesto, *dictando* disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”⁷. En el segundo caso, “el hecho de que se trate de ‘leyes internas’ y de que estas hayan sido ‘adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución’, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos”⁸.

Sostuvo entonces la CIDH que “[p]odrían mencionarse situaciones históricas en las cuales algunos Estados han promulgado leyes de conformidad con su estructura jurídica pero que no ofrecieron garantías adecuadas para el ejercicio de los derechos humanos, impusieron restricciones inaceptables o, simplemente, los desconocieron. [...] el cumplimiento de un procedimiento constitucional ‘no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos’”⁹.

Por lo tanto, en el ámbito de la competencia otorgada por la Convención, tanto la Comisión como la Corte, ambas Interamericanas de Derechos Humanos, pueden conocer, conforme al procedimiento allí prescrito, del cumplimiento (e incumplimiento) de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención: “[l]o que [se] debe verificar, en un caso

⁶ Castilla Juárez, Karlos A., “El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, Fundap, 2012, p. 83.

⁷ Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de Julio de 1993, *Ciertas Atribuciones De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos* (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 Y 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párrafo 26. Las cursivas son mías.

⁸ *Ídem*, párrafo 27.

⁹ *Ídem*, párrafo 28.

concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado”¹⁰.

El designio de la jurisdicción interamericana estriba, entonces, en “*confrontar* los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva --carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada-- que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso”¹¹.

Queda claro entonces que se está en presencia de una labor de comparación entre dos normas o textos normativos, una interna del Estado Parte de la Convención y la otra de la Convención misma. En razón del compromiso internacional adquirido por el Estado Parte, la norma de la Convención, es decir, la norma convencional, es la que ha de ser empleada como canon o parámetro de dicha comparación.

El control de convencionalidad, así como el de constitucionalidad y el de legalidad, son comprobaciones que puede llevar a cabo en exclusiva un órgano específico a través de un mecanismo procesal también específico. Pero también esas comprobaciones pueden ser desahogadas por un conjunto genérico de órganos mediante diferentes mecanismos procesales. En el primer caso, al concentrarse el control en exclusiva en un órgano específico, se afirma que dicho control es, precisamente, “concentrado”. En el segundo caso, es decir, cuando esa comprobación no es una competencia exclusiva de un determinado órgano, sino de un conjunto genérico de órganos, que pueden ejercer tal control mediante distintos mecanismos procesales para cuyo conocimiento tienen competencia, entonces ese tipo de control “*desconcentrado*” se denomina “difuso”¹².

¹⁰ Ídem, párrafo 29. Las cursivas son mías.

¹¹ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos en el Caso Tibi Vs. Ecuador, del 7 de Septiembre de 2004, párrafo 2. Las cursivas son mías.

¹² “En esencia, existen dos posibilidades [...] para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes: concentrado, que deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo (que no formaría parte del aparato judicial tradicional, sino desempeñaría su elevada misión por encima de los órganos clásicos de la división de poderes), y difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, acaso a todos los titulares de la función jurisdiccional, llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas internas que, en principio, deben aplicar, y autorizados para ‘desaplicar’ o invalidar, eventualmente, esas

La acuñación de la expresión “control de convencionalidad”¹³ tiene su origen en el *Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala*, dictada por la CIDH el 25 de noviembre de 2003.

Al hacer referencia a “la contradicción o por lo menos la discrepancia que en ocasiones existe entre ciertas declaraciones del Estado, formuladas por conducto de representantes calificados para emitir las, y las posibles declaraciones que hagan otros órganos, a los que la legislación interna atribuye competencia para resolver cuestiones contenciosas”, el Juez García Ramírez, “desde el ángulo del Derecho internacional, de la responsabilidad internacional del Estado y de las atribuciones resolutorias de un tribunal internacional, que son inatacables”, precisó:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.¹⁴

Resulta evidente que el “control de convencionalidad” al que se refiere el Juez García Ramírez es el que se concentra en la CIDH, a través de los específicos mecanismos procesales de los cuales conoce, al cual se refiere como control “propio, original o externo” de convencionalidad¹⁵.

disposiciones cuando las consideran incompatibles con la ley fundamental a la que debieran ajustarse. Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse al ámbito de la relación entre norma internacional y norma interna”, *cf.* García Ramírez, *op. cit.*, p. 235.

¹³ Karlos Castilla afirma que “el control de convencionalidad está claramente previsto desde el origen mismo del sistema interamericano, es una función esencial de la Corte Interamericana y no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos una nueva competencia como algunos afirman”, *op. cit.* p. 84.

¹⁴ Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala, dictada por la CIDH el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

¹⁵ “En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material”, *cf.* García Ramírez, *op. cit.*, p. 213.

Más adelante, en septiembre de 2004, al emitir un voto concurrente razonado en la sentencia dictada por la CIDH en el Caso *Tibi vs. Ecuador*, el citado Juez García Ramírez precisa:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -- disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.¹⁶

Finalmente, en el párrafo 30 del voto razonado del citado Juez García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso *López Álvarez vs. Honduras*, del 1 de febrero de 2006¹⁷, se define con claridad y sencillez que “al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención --es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”-- debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso”. En otras palabras la CIDH es “lo que un Tribunal Constitucional representa en un Estado”¹⁸.

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas --bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso,

¹⁶ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos en el Caso *Tibi Vs. Ecuador*, del 7 de Septiembre de 2004, párrafo 3.

¹⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

¹⁸ Castilla, *op. cit.* p. 83.

corresponda. En definitiva ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce ya los que aplica normas conforme a su propia competencia material¹⁹.

Fue el 26 de septiembre de 2006, al dictar sentencia en el *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, cuando el Pleno de la CIDH dio un giro importante en esta línea argumentativa, al precisar que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, *debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella*. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”²⁰.

A partir de la línea argumentativa que acuñó el término “control de convencionalidad”, de lo anterior se sigue que la responsabilidad de garantizar los derechos humanos corresponde al Estado como un todo, al margen de la distribución de función o competencias que entre sus diversos órganos prescriban sus normas constitucionales internas. Lo que se sigue de la cita anterior es que, si el legislador falla en el cumplimiento de ese deber de garantía, existen otros órganos del Estado que no deben fallar:

[L]os jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana*

¹⁹ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.* p. 213.

²⁰ Párrafo 123 de la citada sentencia. Las cursivas son mías.

*sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*²¹

En los puntos resolutivos de la sentencia del caso citado, expresamente la CIDH prescribió el Estado debía asegurarse que una determinada ley *no siguiera representando un obstáculo* ni para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, ni para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables *de otras violaciones similares* acontecidas en Chile. En otras palabras, la ley que representaba el obstáculo para lo ordenado por la CIDH debía ser abrogada (tarea del legislador) o no aplicada (tarea fundamentalmente del juzgador).

En opinión de Castilla “el término Control de Convencionalidad sólo se acuñó con el fin de poner énfasis en una actividad que tienen que llevar a cabo los poderes judiciales [...] Lo que pide la Corte Interamericana a los jueces [...] es [...] que cumplan con sus obligaciones”²². Tal opinión descansa en lo prescrito por la CIDH en el sentido de que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros

²¹ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. Las cursivas son mías.

²² Op. cit. p. 86. “El ‘control difuso de convencionalidad’ consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la [Convención Americana de Derechos Humanos], sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese *corpus iuris* interamericano”, *cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, p. 371.

presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.²³

Cabe resaltar, de la cita anterior, que, entonces, la CIDH prescribe que los jueces de los Estados Parte de la Convención (México entre ellos) deben ejercer control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana; dicho control se ha de desahogar:

- a) *ex officio*;
- b) en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, *evidentemente*;
- c) sin que se limite exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto;
- d) pero no siempre, pues es necesario considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

En los párrafos 10 y 11 del voto razonado que respecto de la citada sentencia emitió, el Juez García Ramírez afirma que para mantener el paso firme en dirección de la “recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos” que “constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar”, “es preciso alentar la conexión expresa y suficiente [...] entre el orden interno y el orden internacional”. “Si existe esa conexión clara y rotunda [...] y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’”.

La relevancia de este control de convencionalidad a cargo de los tribunales nacionales estriba en que “*la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional*” (las cursivas son mías).

Concluye García Ramírez afirmando, en el párrafo 12 de su voto, que dicho “control de convencionalidad” *puede* tener carácter difuso, “es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”.

Entonces, por “control de convencionalidad” se entiende la confirmación o comprobación de que una norma de un Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos no contradice ésta o un acto de un agente de tal Estado no la viola. Esto implica una comparación entre la norma o el

²³ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

acto y las normas convencionales (texto de la Convención e interpretación del mismo por parte de la CIDH), funcionando éstas como canon o parámetro de dicha comparación, confirmación o comprobación.

Dicha comparación, confirmación y comprobación la lleva a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, también la deben desahogar todas las autoridades de cada Estado Parte, particular o especialmente los juzgadores, conforme o de acuerdo a la competencia específica que les atribuyan las normas nacionales de cada Estado Parte. En otras palabras, la Convención y la jurisprudencia de la CIDH no prescriben una forma específica o determinada de llevar a cabo el control de convencionalidad, sino que prescriben un deber que las autoridades de los Estados Parte han de cumplir conforme a las normas internas.

Durante mucho tiempo, en México el control de constitucionalidad se desahogó o se llevó a cabo de manera concentrada, es decir, lo ejercieron *sólo* algunos órganos jurisdiccionales a través de *algunos* medios procesales con el específico fin de verificar si una determinada norma era o no contraria a la Constitución.

2. TEPJF y control de constitucionalidad en materia electoral

La facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) para llevar a cabo el control de constitucionalidad, por la vía de la inaplicación de normas consideradas inconstitucionales, quedó expresamente consagrada en el texto constitucional hasta el 13 de noviembre de 2007. Y así ocurrió en razón de que, previamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había prescrito que el referido tribunal electoral carecía de dicha facultad.

En 1998 la Sala Superior del TEPJF resolvió tres juicios de revisión constitucional electoral,²⁴ en los que determinó la inaplicación de disposiciones contenidas en las leyes electorales por considerarlas contrarias a la Constitución y, con base en la argumentación sostenida en esos juicios, generó jurisprudencia²⁵ en el sentido de que se reconocía a sí mismo esta facultad de inaplicación.

²⁴ SUP-JRC-033/98, SUP-JRC-091/98 y SUP-JRC-092/98.

²⁵ Jurisprudencia S3ELJ 5/99, de rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. TIENE FACULTADES PARA DETERMINAR LA INAPLICABILIDAD DE LEYES SECUNDARIAS CUANDO ÉSTAS SE OPONGAN A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.

La Sala Superior señaló que de una interpretación teleológica, sistemática y funcional de los diferentes artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contienen las bases fundamentales rectoras de la jurisdicción electoral, se desprende que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está facultado por la Carta Magna para decidir el conflicto de normas que en su caso se presente, y determinar que no se apliquen a casos concretos los preceptos de leyes secundarias que se invoquen o puedan servir como fundamento de los actos o resoluciones electorales combatidos en los medios de impugnación que corresponden a su jurisdicción y competencia, cuando tales preceptos se oponen a las disposiciones constitucionales, con el único objeto de que los actos o resoluciones impugnados en cada proceso jurisdiccional de su conocimiento se ajusten a los lineamientos de la Ley Fundamental y se aparten de cualquier norma, principio o lineamiento que se les oponga, pero sin hacer declaración general o particular en los puntos resolutive, sobre inconstitucionalidad de las normas desaplicadas, sino únicamente confirmar, revocar o modificar los actos o resoluciones concretamente reclamados en el proceso jurisdiccional de que se trate.²⁶

La facultad de control de constitucionalidad fue derivada de la posición del TEPJF como máxima autoridad en la materia electoral, con la única excepción de las acciones de inconstitucionalidad. En la interpretación de la Sala Superior, lo prescrito en la fracción II del artículo 105 constitucional, en el sentido de que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución era compatible con el control concreto realizado por el TEPJF, ya que éste se limitaba al análisis de los actos y resoluciones de las autoridades en la materia, pero no de la constitucionalidad abstracta de las leyes.

Para la Sala Superior del TEPJF, la inconstitucionalidad de actos y resoluciones en la materia electoral podía darse en dos situaciones:

- a) Cuando esos actos no están apegados a preceptos constitucionales que contengan disposiciones que las autoridades electorales deban respetar y aplicar directa e inmediatamente, y
- b) Cuando los actos o resoluciones estén sustentados en leyes o normas generales de cualquiera índole que sean contrarias a los contenidos y principios establecidos por la Constitución.

De lo anterior se sigue que, para poder realizar un control efectivo (y completo) de la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones

²⁶ Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-033/98.

electorales, es necesario que el TEPJF ejerza el control de constitucionalidad y que, cuando el vicio de inconstitucionalidad se deba a la presencia del segundo supuesto señalado, pueda declarar la inaplicación de una norma.

De esta manera, según el TEPJF, surgía el “sistema integral de la jurisdicción electoral para el control de la constitucionalidad de los actos correspondientes a esa materia”, basado en los artículos 41, fracción IV, 99, 105, fracción II y 116 fracción IV, de la Constitución, conformado de la siguiente manera²⁷:

a) “Para la impugnación de las leyes, como objeto único y directo de las pretensiones del actor, por considerar inconstitucionales los ordenamientos, se concedió la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el artículo 105, fracción II, de la Ley Suprema, que se tramita en la vía y términos de la ley reglamentaria de ese precepto constitucional, a instancia del limitado número de personas que pueden hacerlo, dentro de un plazo breve a partir del día siguiente al de su publicación; con la consecuencia de que cuando no se ejerza esa acción, su ejercicio sea extemporáneo o no se satisfagan todas las formalidades exigidas por la legislación aplicable, se extingue la posibilidad de que el Máximo Tribunal del país ejerza su función de control de la constitucionalidad de los cuerpos normativos, y por tanto éstos quedan vigentes y aplicables para todos los casos comprendidos dentro de estos supuestos.

b) Respecto a los actos y resoluciones en materia electoral, la jurisdicción para el control de su constitucionalidad se confirió expresamente al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuando tales actos o resoluciones se combaten a través de los medios de impugnación de su conocimiento, como se advierte de la lectura de los artículos 41 fracción IV, 99 y 116 fracción IV de la Ley Fundamental”.

Adicionalmente, la Sala Superior afirmó que esta facultad de control de constitucionalidad se debía ejercer “sin hacer declaración general o particular en los puntos resolutive, sobre inconstitucionalidad de las normas desaplicadas, sino únicamente confirmar, revocar o modificar los actos o resoluciones concretamente reclamados en el proceso jurisdiccional de que se trate”²⁸.

En noviembre de 1999, al dictar sentencia en el expediente SUP-JRC-209/99, la Sala Superior del TEPJF interpretó el artículo 54 de la

²⁷ Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-033/98.

²⁸ Ídem.

Constitución federal en forma distinta a lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 6/98²⁹.

Promovida la contradicción de criterios (2/2000-PL), la Suprema Corte resolvió su improcedencia, considerando que no era posible enfrentar un criterio sustentado por un órgano jurisdiccional competente para conocer de la inconstitucionalidad de una ley con un criterio sustentado por un órgano que carece de esa atribución y que “*dicho Tribunal Electoral, por una parte incurrió en inobservancia al artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por otra parte infringió el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación al contravenir un pronunciamiento de [la Suprema Corte] que tiene las características de firmeza y obligatoriedad constitucional*”. Así, la Suprema Corte se reconoció como el único órgano facultado para realizar el control de constitucionalidad en materia electoral, mientras que el TEPJF solamente podía realizar la interpretación de la Carta Magna, sin analizar la conformidad de una norma frente a la Constitución³⁰.

3. La técnica de la interpretación conforme

De esta forma se generó una importante laguna en el derecho procesal constitucional electoral mexicano, ya que no existía un medio efectivo para

²⁹ “lo contradictorio era que mientras la Corte sostuvo que las legislaciones estatales deben prever un número máximo de diputados por el principio de mayoría relativa y representación proporcional equivalente al número de distritos uninominales en los que está dividido el estado correspondiente, el Tribunal consideró que del texto constitucional no se desprende límite alguno, sino tan sólo la obligatoriedad de ambos principios”, *cfr.* Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, p. 449.

³⁰ Ese criterio dio origen a varias jurisprudencias: P./J. 23/2002, de rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES; P./J. 25/2002, de rubro LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, y P./J. 26/2002 de rubro TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SI RESUELVE RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA ELECTORAL O SE APARTA DE UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFRINGE, EN EL PRIMER CASO, EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Y EN EL SEGUNDO, EL ARTÍCULO 235 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

impugnar *en concreto* la inconstitucionalidad de las normas electorales³¹. A partir de lo anterior, la Sala Superior modificó sus criterios y encontró una nueva manera de resolución de los juicios que se le presentaban, para poder garantizar la supremacía de ese conjunto normativo prescrito en el artículo 133 constitucional.

Esa necesidad se vio aún más patente ante la apertura del Tribunal en los asuntos relacionados con la vida interna de los partidos políticos, que implicó un aumento del número de casos en los que se alegaba violación a algún derecho político de un ciudadano, y, en general, ante la apertura de las reglas de procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (por ejemplo, a la protección del derecho a integrar a las autoridades electorales en las entidades federativas o ampliación de la suplencia de la queja para las comunidades indígenas).

La Sala Superior empleó con mayor intensidad la técnica de la interpretación conforme, consistente en la armonización del sentido o significado de los textos normativos para generar normas compatibles entre sí y apegadas a los principios constitucionales. Esto, de conformidad con la tesis P./J. 23/2002 citada anteriormente, que reconocía la posibilidad de que el TEPJF interpretara a un precepto constitucional, pero le prohibía analizar la constitucionalidad de alguna norma.

Nieto afirma que “antes de la reforma [de 2011 al artículo 1 constitucional], el Tribunal Electoral ya había ejercido control de convencionalidad, en diversas formas, primero, invocando tratados internacionales para la construcción de la premisa normativa (interpretación conforme en sentido amplio), después realizando una migración de criterios internacionales, para, finalmente, desaplicar normas por ser contrarias a la convención”.³²

En la sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-118/2002 la Sala Superior señaló que la interpretación conforme es la manera de buscar el sentido de un enunciado normativo, consiste en que, al interpretar una disposición regida por una disposición de mayor jerarquía, ante dos posibilidades de interpretación opuesta, debe estarse a la que sea conforme con el mandato de la norma superior, pues en todo sistema jurídico y democrático de derecho se entiende que existen imperativos supremos que

³¹ Véase Cossío D., José Ramón, “El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia”, en Malem, Jorge, Orozco Jesús y Vázquez, Rodolfo, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, TEPJF-Gedisa-ITAM, 2003.

³² Nieto Castillo, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, TEPJF, 2014, p. 53.

establecen mandatos a los cuales deben ajustarse y someterse todas las demás disposiciones secundarias del sistema. De acuerdo con al método de interpretación conforme, entre una norma regida por un principio que se deriva del sistema jurídico en que dicha norma está inmersa, se obtiene que, como el principio constituye la medida y justificación de la norma escrita, ésta debe regirse y ajustarse a lo que el principio postula y protege.

Como se aprecia, ante una contradicción normativa la Sala Superior realizaba la interpretación conforme en sentido estricto, eligiendo entre las normas existentes la que más se apegaba a la Constitución, es decir, empleaba como parámetro de control la jerarquía normativa³³.

Es más, el estudio del requisito de la presentación del escrito de protesta como elemento necesario para la procedencia del juicio de inconformidad, se basó en el análisis del artículo 17 constitucional, párrafo segundo, señalando que “la concepción del escrito de protesta como requisito de procedencia del juicio de inconformidad, es una limitación al ejercicio del derecho constitucional de acceder a la administración de justicia por los tribunales del Estado o a la tutela judicial, porque no responde a la naturaleza de los procesos jurisdiccionales electorales ni a las finalidades que los inspiran, cuyo objeto es que, por medio de una sentencia de fondo, se controle la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones en materia electoral, razón por la cual, no puede atribuírsele al escrito de protesta el carácter de requisito de procedibilidad del juicio de inconformidad”³⁴.

La mayoría de las interpretaciones realizadas optaban por la norma jerárquicamente superior, otorgando prelación al contenido constitucional, aunque este no fuera el más favorable para la persona involucrada. Ese fue el caso de la sentencia dictada en el SUP-JRC-024/2000, relativa al requisito de residencia en la elección municipal en Nuevo León. La constitución local de aquel tiempo admitía, para integrar el ayuntamiento de alguno de los municipios del estado, la residencia en cualquiera de los municipios del área metropolitana, así como en aquellos que estando fuera del área metropolitana

³³ En general, el TEPJF señalaba que “como el sistema jurídico nacional descansa en la aplicación de las leyes y éstas obedecen a un orden jerárquico que tiene como cima la Carta Magna, las leyes que de ella emanen y los tratados internacionales que celebre el Presidente de la República, con aprobación del Senado; todas las normas del país, locales o federales, deben subordinarse a aquéllas y en caso de que exista algún conflicto en la aplicación de ambas por regular el mismo hecho (...) deben prevalecer las de naturaleza constitucional por tratarse de normas jerárquicamente superiores”, *cfr.* Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-033/98.

³⁴ Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-041/99; el mismo argumento fue sostenido en los precedentes SUP-JRC-163/99, SUP-JRC-202/99 y SUP-JRC-441/2001.

de Monterrey fueran colindantes³⁵. Con ello, la residencia del candidato en el propio municipio dentro del cual pretendía contender para integrar un ayuntamiento no era requisito necesario para la postulación.

En la sentencia, la Sala Superior señaló que ese precepto de la constitucional local (favorable para un ciudadano que pretendía postularse a un cargo) contravenía lo dispuesto en el artículo 36, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que “para el estado de Nuevo León, en acatamiento al artículo 36, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, uno de los requisitos que debe reunir el candidato que aspire a integrar el ayuntamiento de un municipio, en las próximas elecciones, consiste en residir en el municipio en el cual desea contender” (SUP-JRC-024/2000).

Para llegar a esa conclusión, la Sala tomó en cuenta la importancia de la cercanía a la comunidad y conocimiento de sus problemas y necesidades que deben tener los representantes y que no se puede lograr sin una vinculación efectiva con la misma. Además, consideró que con ello se podían fortalecer tanto los lazos entre los ciudadanos y sus representantes, como el control que los electores deben ejercer sobre los funcionarios municipales.

En el precedente SUP-JRC-136/2002, la Sala señaló que “al seguirse los lineamientos de lo que la doctrina constitucional denomina ‘Interpretación conforme’ debe partirse de la base de que el legislador local expide leyes tendentes a observar ordenamientos de mayor jerarquía”. Más tarde, en el precedente SUP-JRC-036/2003, señaló que de múltiples interpretaciones posibles de una norma debe elegirse siempre la que “se encuentra más apegada o conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Esa doctrina fue expresada con mayor claridad en el precedente SUP-JRC-365/2003, relativo a las reglas para la asignación de diputados de representación para el Congreso de Sonora. En ella, la Sala Superior señaló cuáles son los elementos y pasos a seguir para realizar una interpretación conforme:

Respecto de la técnica jurídica denominada interpretación conforme esta Sala Superior ha establecido en diversos asuntos, que su fundamento consiste en que el legislador debe expedir las leyes ordinarias con apego o en observancia al ordenamiento de mayor jerarquía, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁵ Prescripción del entonces vigente Artículo 122, fracción III, Constitución Política del Estado de Nuevo León.

Sobre esta base, se considera que cuando un enunciado normativo de leyes ordinarias admita la posibilidad de ser interpretado en dos o más sentidos diferentes y opuestos, de los cuales uno resulte acorde o conforme a una regla o principio constitucional y los otros conduzcan al establecimiento de normas opuestas al ordenamiento de mayor jerarquía, debe prevalecer el primer sentido como interpretación válida, ante la presunción de que en un sistema jurídico que reconoce como base fundamental a una Constitución y que consagra el principio de supremacía constitucional, debe presumirse su cumplimiento, salvo evidencia en contrario, y por eso toda las leyes deben entenderse en el sentido que esté conforme con la normatividad de mayor jerarquía, e inclusive este mismo razonamiento se estima aplicable en cualquier comparación que se suscite entre ordenamientos de un distinto orden jerárquico, dentro del mismo sistema legal, como podría ser entre una ley ordinaria y un reglamento, etcétera.

El reconocimiento de la dimensión constitucional frente a las disposiciones de rango inferior, y la consecuente aplicación por parte de los jueces y tribunales en la solución de conflictos normativos específicos, puede ser entendida como una directiva de preferencia sistémica, que conduce precisamente a seleccionar, de entre las varias interpretaciones posibles de un enunciado jurídico, aquella que mejor se ajusta a las exigencias constitucionales, con lo cual se salva la disposición legal y se consigue la prevalencia y armonía del sistema jurídico imperante. Esto es, al seleccionar o adoptar el sentido de la norma jurídica que resulta más adecuado a la Constitución, se propicia la máxima realización de ésta como norma suprema del ordenamiento jurídico, al tiempo que se asegura la conservación del texto legislativo, pero vinculado al sentido concordante con la Ley Fundamental.

Ambas finalidades son indisolubles entre sí, e inmanentes a la interpretación bajo estudio, pues cuando los jueces y tribunales acuden a la interpretación conforme, no sólo deben tener la voluntad de realizar con la mayor eficacia posible la Constitución, mediante una reorientación de los enunciados normativos acordes con aquélla, sino también propiciar la continuidad e integridad del ordenamiento interpretado. Tomando en cuenta lo anterior se hace evidente que de entre varias interpretaciones debe preferirse aquella que dote de vigor a los valores que inspiran las normas instrumentales que hacen efectivo el sistema electoral.

En otro caso la Sala sostuvo que la interpretación conforme tiene límites y no es una técnica apta de ser aplicada en todos los casos, ya que uno de sus lineamientos rectores consiste en conservar o mantener el contenido sustancial de la ley, e inclusive el accidental o secundario, ya que sólo este

último es el que admitiría ser relevado en alguna parte mínima (una palabra, un signo, un pequeño enunciado) a fin de obtener la prevalencia del mandato constitucional, es decir, no sólo se busca una reorientación de los enunciados normativos acordes con la ley fundamental, sino también propiciar la continuidad e integridad del ordenamiento interpretado.

Así, es claro que la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales secundarios, tiene límites, entre los que se encuentran el de conservación del contenido de la ley jerárquicamente inferior. Por tanto, contrariamente a lo pretendido por el partido actor, este tipo de interpretación no alcanza, como es obvio, para desconocer, desfigurar o mutilar el sentido de los enunciados normativos en sus elementos esenciales, **o para substituirlos por otros.**³⁶

Al respecto de la finalidad de la interpretación conforme, la Sala señaló que mediante la interpretación conforme, se trata, entre otras cosas, el de propiciar la funcionalidad y continuidad del subsistema normativo reinterpretado conforme con la Constitución³⁷

Añadiendo que esta se debe aplicar cuando existan múltiples interpretaciones de una norma, por lo que, si una determinada formulación normativa admite varias interpretaciones posibles, pero una de ellas conduce a un resultado incompatible a la Constitución, deberá elegirse aquella que la haga acorde, en el entendido de que la antinomia, en su caso, surge o no, en función del significado que se les atribuya, vía interpretativa, a las disposiciones en cuestión.³⁸

En el SUP-JDC-084/2003, la Sala señaló que, conforme al postulado del legislador racional, el juzgador debe partir de la premisa de que las normas forman parte de “un sistema claro, coherente y ordenado, en el que todas las normas de un ordenamiento legal, y todas y cada una de las palabras y signos empleados en la redacción de un precepto o disposición, deben surtir efectos dentro del sistema, porque no se incluyeron inútilmente, de modo que el intérprete sólo se podrá apartar de esa directriz cuando quede demostrado palmaria e indubitadamente lo contrario”. De ahí se desprende la presunción de la constitucionalidad de las normas y la necesidad de buscar una posible interpretación que, sin realizar declaratoria de inaplicación, permita dotar de sentido las disposiciones de tal manera que se traduzcan en un solo ordenamiento a la luz de los principios constitucionales.

³⁶ Precedente SUP-JRC-389/2003.

³⁷ Precedente SUP-JRC-135/2004

³⁸ *Ibídem.*

Las reglas para la interpretación conforme fueron expuestas en el precedente SUP-JDC-9167/2011, relativa al derecho de autogobierno del pueblo Purépecha de Cherán, en Michoacán, en la que la Sala Superior señaló que: se establece que los derechos humanos deben ser interpretados acorde con la Constitución y los tratados internacionales, y que la interpretación de esos derechos debe realizarse buscando la protección más amplia de los mismos, lo cual encuentra su razón de ser en que los derechos humanos no constituyen una excepción o un privilegio, sino derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos o suprimidos.

En esa virtud, acorde con la Constitución, las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma jurídica no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, sino que, por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental.

Por tanto, los derechos humanos deberán ser interpretados de conformidad con el principio *pro personae*, según establecen los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por medio del cual se privilegian los derechos y las interpretaciones de los mismos que protejan con mayor eficacia a la persona.

El contenido básico de este principio [pro persona], refiere tres posibles aplicaciones: 1) ante la existencia de dos o más normas aplicables a un caso concreto, se prefiere el uso de la norma que garantice de mejor manera el Derecho; 2) ante dos o más posibles interpretaciones de una norma se debe preferir aquella que posibilite el ejercicio del Derecho de manera más amplia, y 3) ante la necesidad de limitar el ejercicio de un derecho se debe preferir la norma que lo haga en la menor medida posible.³⁹

La sentencia en el caso Cherán es parte ya de una nueva época en el desarrollo jurisprudencial del TEPJF, que han ido reflejando una preocupación cada vez mayor por la protección de los derechos de los ciudadanos. Ello se ha reflejado en la paulatina modificación de los estándares para la interpretación conforme, que implicó el intento de armonizar el sentido de las disposiciones con el contenido constitucional,

³⁹ Precedente SUP-JDC-9167/2011.

pero ya no en un sentido formal, pero buscando una protección más amplia de los derechos, conforme al principio *pro persona*. La postura garantista del TEPJF implicó una temprana incorporación de los criterios de la Corte Interamericana y del contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos a la jurisprudencia del Tribunal.

A partir de esa reforma de 2007, la aplicación es facultad de todas las Salas del TEPJF, aunque las sentencias en las que las Salas Regionales determinan la inaplicación de algún precepto por considerarlo contrario a la Constitución pueden ser revisadas por la Sala Superior mediante el recurso de reconsideración.⁴⁰

De una revisión exhaustiva de los casos resueltos se desprende que, desde 1998 hasta finales de 2015, hubo 354 sentencias en las que la Sala Superior realizó, de manera expresa, el control de regularidad constitucional, aplicando el test de proporcionalidad, interpretación conforme, o inaplicando alguna norma. El número de sentencias en las que se declara la validez de la norma impugnada es mucho mayor que el de las declaraciones de inaplicación. Esa tendencia es natural, al considerar, como señala Caballero Ochoa, que la finalidad del control de regularidad constitucional “no es en primer lugar y solamente resolver problemas de colisión normativa – que los hay, y el operador jurídico deberá atenderlos definiéndose por una u otra norma – o declarar la invalidez de la norma inconvencional [o inconstitucional], sino preferentemente la expansión de los derechos, su integración en clave de armonización”⁴¹.

⁴⁰ A partir del desarrollo jurisprudencial en los años recientes, la procedencia del recursos de reconsideración, mediante el cual la Sala Superior revisa las decisiones de las Salas Regionales fue ampliada y actualmente abarca casos en los que expresa o implícitamente se inapliquen leyes electorales, normas partidistas o normas consuetudinarias de carácter electoral, por considerarlas contrarias a la Constitución Federal (Jurisprudencia 32/2009); se omita el estudio o se declaren inoperantes los conceptos de agravio relacionados con la inconstitucionalidad de normas electorales; se haya dejado de aplicar la normativa estatutaria en contravención al principio de auto-organización y autodeterminación de los partidos políticos (SUP-REC-35/2012); se hayan declarado infundados los planteamientos de inconstitucionalidad (SUP-REC-57/2012); se haya pronunciado sobre la constitucionalidad de una norma en materia electoral de manera expresa o implícita, o respecto a la interpretación de un precepto constitucional mediante el cual se orienta la aplicación o no de normas secundarias (SUP-REC-180/2012); hubiese ejercido control de convencionalidad (Jurisprudencia 28/2013); no se hubiera atendido un planteamiento que se vincule a la indebida interpretación de leyes por contravenir bases y principios previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (SUP-REC-253/2012).

⁴¹ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar,

Es importante señalar que la tendencia garantista del TEPJF tiene una larga tradición que data incluso del Tribunal Federal Electoral (TRIFE). Ya en aquella época la justicia mexicana reconocía la importancia de la interpretación favorable para el ciudadano, como se señaló en la tesis SC2ELJ 57/94 de la Sala Central, con el rubro CIUDADANOS, RECURSO DE APELACIÓN DE LOS. INTERPRETACIONES IN DUBIO PRO CIVE⁴². Ese criterio fue seguido por la Sala Superior del TEPJF, al asegurar que no solo se permite interpretar a favor del ciudadano, sino que obliga a ello para evitar un detrimento en sus derechos políticos; así, que la responsable interpretó en forma restrictiva el derecho subjetivo público fundamental de poder ser votado, cuando debió hacer una interpretación extensiva, toda vez que no se trata de una excepción o un privilegio, sino de un derecho fundamental consagrado en la carta magna; por tanto, que la responsable resta valor probatorio a la serie de pruebas con las que acredita la residencia del candidato, mismas que administradas y valoradas en su conjunto, pueden presentar el indicio que requiere la autoridad para la admisión o rechazo del registro, fundando únicamente su acto en el hecho de no presentarse la documental firmada por el funcionario autorizado, el cual no quiso extenderla negando que el candidato tuviera su residencia, lo que no prueba de manera real y tácita.⁴³

Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 120.

⁴² La tesis señalaba que “En los recursos de apelación interpuestos por los ciudadanos, opera el principio *in dubio pro cive* en caso de que exista duda en la aplicación de un precepto jurídico relacionado con sus derechos políticos, toda vez que la autoridad debe abstenerse de realizar interpretaciones *in pejus* que vayan en detrimento y agravio del ciudadano, máxime cuando se advierte que éste cumplió, en tiempo y forma, con las obligaciones correspondientes para que se le expidiera la Credencial para Votar con fotografía, ya que, en términos de lo dispuesto por el artículo 3, párrafo 2 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en relación con el último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe estarse a los principios generales del derecho que recogen los aforismos latinos *favorabilia sunt amplianda* y *odiosa sunt restringenda*, para realizar las interpretaciones que impliquen una aplicación legal favorable para la tutela de los derechos políticos del ciudadano”. TESIS DE JURISPRUDENCIA. J.57/94. Segunda Época. Sala Central. Materia Electoral. (SC013.2 EL3) J.57/94.

⁴³ Precedente SUP-JRC-45/2004.

4. El control de convencionalidad a través de la interpretación conforme

La aplicación de ese principio se volvió cada vez de mayor importancia en el desarrollo del control de constitucionalidad por el Tribunal, de tal manera, que empezó a vincularse con el control de convencionalidad.

Entre 2002 y 2007 la Sala empezó a llevar a cabo el control de convencionalidad, a través de la interpretación conforme. Uno de los primeros casos de esa línea argumentativa fue el juicio ciudadano SUP-JDC-695/2007, relativo al análisis de una prohibición, contenida en la legislación de Baja California, para los presidentes municipales de ser electos como gobernador de la entidad, durante el período que fungen con ese carácter, aun cuando se separen de su cargo. La Sala basó el estudio de ese caso no solamente en el contenido de la CPEUM, sino también en lo dispuesto en los tratados internacionales (principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos, CADH), señalando que los instrumentos internacionales en la materia de protección de los derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, forman parte del sistema jurídico nacional. A partir de ello sostuvo que los derechos fundamentales sólo están protegidos contra cualquier restricción o suspensión, en términos de su artículo 1º, por lo cual, a *contrario sensu*, se permite su ampliación, si se tiene en cuenta que la constitución establece exclusivamente un catálogo mínimo de derechos fundamentales, que sirven de limitante a la autoridad, a fin de garantizar, el desarrollo pleno del individuo en el contexto social, cuya dinámica conduce a la constante conquista de nuevos derechos fundamentales, razón por la cual cualquier maximización o potencialización de los derechos fundamentales contribuye a cumplir de mejor manera ese fin social”, y que “los derechos fundamentales de carácter político-electoral no son derechos absolutos o ilimitados sino que pueden ser objeto de ciertas restricciones permitidas, siempre que las previstas en la legislación, no sean irracionales, injustificadas, desproporcionadas o que se traduzcan en privar de su esencia a cualquier derecho, fin, principio o valor constitucional o electoral fundamental. Restricciones que deben ser interpretadas de forma tal que garanticen el ejercicio efectivo de tales derechos y eviten suprimirlos o limitarlos en mayor medida que la permitida en la Constitución y en los propios tratados internacionales.⁴⁴

La interpretación que sostuvo el Tribunal en ese caso fue acorde a la maximización del derecho político-electoral a ser votado, lo que llevó a

⁴⁴ Precedente SUP-JDC-695/2007

determinar que la restricción contenida en la legislación bajacaliforniana fue excesiva e injustificada (criterio similar fue sostenido en los casos SUP-JDC-717/2007 y SUP-JDC-718/2007).

Al respecto de la aplicación del principio *pro persona* es necesario señalar que la Sala considera la interpretación bajo sus directrices como la técnica fundamental para realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad (o, en otras palabras, control de regularidad constitucional), tal y como lo expuso en la sentencia SUP-REC-936/2014: la interpretación *pro persona* se torna en guía de la interpretación conforme, que a su vez debe regir desde un primer momento toda lectura y operación jurídicas en las que se involucren disposiciones sobre derechos humanos. De esa suerte, dicha interpretación requiere de la armonización de la norma a fin de que se dirija, en todo tiempo, a favorecer a las personas con la protección más amplia, lo que a su vez conlleva a extender los alcances de sus derechos al máximo y reducir sus limitaciones al mínimo.

Quien en alguna ocasión integró la Sala Superior del TEPJF ha afirmado que en el periodo de 1996 y 2006 se pueden identificar cuatro tipos diversos de casos en los cuales el referido órgano jurisdiccional ejerció algún tipo de control de convencionalidad⁴⁵:

- a) Invocación de tratados internacionales de derechos humanos para complementar o reforzar la determinación del fundamento normativo⁴⁶;
- b) Aplicación directa de preceptos constitucionales y convencionales ante omisión legislativa⁴⁷;
- c) Invocación de tratados internacionales para complementar o reforzar una interpretación conforme con la Constitución y la Convención⁴⁸;

⁴⁵ Orozco Henríquez, José de Jesús, *Control de convencionalidad en materia electoral*, México, TEPJF, 2014, p. 42.

⁴⁶ Esto es a lo que alude Nieto cuando menciona el empleo de tratados en la formulación de la premisa normativa del razonamiento judicial y que denomina interpretación conforme en sentido amplio, *op. cit.* p. 53. Orozco cita, a manera de ejemplo, los precedentes SUP-JDC-37/1999 (impugnación de la validez de una elección por usos y costumbres), SUP-JDC-037/2001 (impugnación de la negativa del registro de candidato a un ciudadano que hoy llamaríamos independiente), SUP-JRC-069/2003 (prohibición de la utilización de símbolos religiosos en propaganda electoral) y SUP-JRC-221/2003 (nulidad de la elección de gobernador por intervención del gobernador). A su vez, de aquella época, Nieto cita el precedente SUP-JDC-803/2002 (armonización de la libertad de asociación de los ciudadanos y el principio de auto organización de los partidos políticos).

⁴⁷ Orozco cita el relevante precedente SUP-RAP-031/2006, mediante el cual se creó un procedimiento expedito para conocer y corregir las violaciones a lo prescrito en materia de comunicación política, que posteriormente dio origen a lo que actualmente se conoce, ya con bases constitucionales y diseño legal, como procedimiento especial sancionador.

d) Posibilidad, expresada en voto particular, de la desaplicación de normas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁹.

Tal como Orozco Henríquez afirma, lo que en ese voto particular expresó se convirtió posteriormente, con la integración que abarcó 2006 a 2016, en un criterio dominante que le permitió a la Sala Superior desaplicar normas contrarias a la Convención, cuidándose de no emplear como parámetro o canon de control (de comparación) a la Constitución, puesto que ello le estaba vedado. El caso paradigmático al respecto es ya citado precedente SUP-JDC-695/2007, conocido como *caso Hank*.

A partir de ese precedente se pueden identificar varios otros que permiten afirmar que el TEPJF ejerció un cabal control de convencionalidad antes de que así fuera prescrito por la reforma al artículo primero constitucional y por los criterios fijados por la Suprema Corte en los precedentes ya citados⁵⁰.

⁴⁸ Orozco cita el precedente SUP-JDC-015/2002, en el cual formuló un voto particular en torno a la procedencia del JDC en contra de actos intrapartidistas, que a la postre se convirtió en el criterio dominante, como en este trabajo ya se revisó también.

⁴⁹ Orozco cita su voto particular en el precedente SUP-JDC-573/2005.

⁵⁰ Al respecto pueden ser citados los precedentes señalados tanto por Nieto en la obra citada, como por de la Mata Pizaña, Felipe, *Control de convencionalidad de los derechos político-electoral del ciudadano*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 709-734.

PROPAGANDA POLÍTICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL CASO “CHACOTEANDO LA NOTICIA”

Araceli Yhalí Cruz Valle

Magistrada en Funciones de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Germán Rivas Candado

Secretario de Estudio y Cuenta Coordinador de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

L'articolo si propone di analizzare la sentenza emessa il 24 aprile 2015 dalla Sala Regional Especializada del Poder Judicial de la Federación in materia di libertà di informazione e propaganda politica.

La decisione SRE-PSC-70/2015, conosciuta come “Chacoteando la Noticia”, riguarda in particolare la libertà, riconosciuta a una testata informativa che trasmette su una televisione pubblica, di decidere autonomamente con riguardo alla copertura giornalistica da riservare ai diversi attori politici impegnati in competizioni elettorali.

L'analisi del caso concreto risolto dalla Sala mostra come la testata giornalistica non rispetti a pieno il principio di imparzialità che, in quanto televisione finanziata dallo Stato, dovrebbe caratterizzare la sua attività di informazione; dall'esame dei fatti emerge infatti la presenza di trattamenti quantitativamente e qualitativamente differenti per i diversi candidati coinvolti.

La Sala, tuttavia, riconosce come nel caso concreto la libertà di informazione debba prevalere, in quanto mezzo attraverso il quale creare le condizioni necessarie affinché i cittadini possano conoscere i fatti e le opinioni riguardanti questioni di interesse pubblico e rafforzare, in tal modo, la vita democratica della comunità.

The article aims to analyze the judgement given on April 24, 2015 by the Sala Regional Especializada del Poder Judicial de la Federación about freedom of information and political propaganda.

The decision SRE-PSC-70/2015, known as “Chacoteando la Noticia”, concerns in particular the freedom accorded to a news programme that broadcasts on a public television to decide independently with regard to news coverage of the different political actors engaged in electoral contests.

The analysis of the specific case solved by the Court shows how the news programme did not fully respect the principle of impartiality which, as a television funded by the State, should characterize its information activities; the examination of the facts shows the presence of treatments that are quantitatively and qualitatively different for the different candidates involved.

The Court, however, recognizes that in the concrete case the freedom of information should prevail, as a means through which to create the necessary conditions in order to allow people to learn facts and opinions regarding matters of public interest and strengthen the democratic life of the political community.

Sumario:

1. Introducción.
2. Materia del caso.
3. Razonamiento del fallo.
4. Una mirada crítica al razonamiento del fallo.
5. Una propuesta alternativa al fallo.
6. Conclusión.
7. Fuentes de consulta.

1. Introducción

El presente ensayo tiene como propósito hacer un análisis crítico de la sentencia emitida el 24 de abril de 2015 por la Sala Regional Especializada del Poder Judicial de la Federación (Sala Especializada) en el expediente SRE-PSC-70/2015, en el caso conocido como “Chacoteando la Noticia”.

Para el sistema jurídico electoral mexicano, esta sentencia es relevante en la medida en que fija una clara posición respecto del tratamiento noticioso que los medios de comunicación pueden ejercer respecto de acontecimientos de tintes políticos y electorales. En lo particular, y como más adelante se detallará, el criterio en estudio se pronuncia sobre el margen de libertad que sobre la cobertura informativa de los actores políticos en una elección de gobernador puede ejercer un programa noticioso, cuando éste se transmite a través de una televisora propiedad del Estado.

Este último elemento pone en la mesa de discusión una pregunta primordial, que tiene que ver tanto con el ejercicio del periodismo como con los deberes de neutralidad del Estado a la luz de las campañas electorales: ¿Debe juzgarse con la misma amplitud de criterio un noticiario en lo que respecta a la labor de cobertura informativa que realiza sobre acontecimientos políticos, cuando éste es financiado a través de recursos públicos?

Para realizar el presente análisis, en primer lugar, se sintetizarán de forma somera el contenido y las consideraciones que la mencionada autoridad jurisdiccional presentó en el razonamiento de su fallo. Seguido de lo anterior, se expondrá una opinión personal y crítica respecto del criterio adoptado.

Por otra parte, cabe hacer notar que la sentencia en comento analiza más temas de los que aquí se pretenden discutir, tales como la compra de tiempo en televisión para difundir propaganda electoral y la difusión de propaganda electoral de contenido calumnioso, ambas cuestiones prohibidas a nivel constitucional. Si bien son temas por demás interesantes, éstos no serán materia de análisis, dadas las restricciones metodológicas de extensión del presente encargo.

2. Materia del caso

Con motivo de la difusión de 10 emisiones del programa televisivo “Chacoteando la Noticia” durante el periodo de campañas del proceso electoral en Sonora, la entonces candidata a la gubernatura por parte del Partido Revolucionario Institucional (PRI), Claudia Pavlovich, promovió un procedimiento especial sancionador al considerar que su contenido, entre

otras cosas, constituía la difusión de propaganda electoral negativa en su perjuicio.

Su motivo de queja se basó principalmente en que la exposición satírica de su imagen mediante el uso de títeres o caracterizaciones develaba un ánimo de perjudicarla electoralmente, en tanto el discurso que a lo largo de las emisiones sobre ella se pronunciaba era constantemente mordaz y negativamente crítico.

Por otra parte, respecto de las notas periodísticas relacionadas con su principal opositor, el candidato del Partido Acción Nacional (PAN), Javier Gándara –postulado por el partido político al que pertenecía el entonces gobernador–, las críticas resultaban más bien benevolentes, complacientes e incluso justificativas, lo que a juicio de la promovente evidenciaba una tendencia indebida para favorecerle.

Para resolver la cuestión, la *Sala Especializada* hizo un análisis del contenido de cada una de las emisiones denunciadas del programa y concluyó que su propósito principal consistía en presentar ante su auditorio diversa información relevante con el contexto político actual, de la cual se generaban comentarios, críticas y opiniones severas, a través del uso de un tono comunicativo satírico y echando mano de recursos tales como la parodia.

En esta medida, su protección jurídica se tornaba necesaria, en tanto contribuía a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y a la consolidación de una ciudadanía debidamente informada. Por esta razón, no podía concluirse que se hubieran transgredido los límites de la libertad de expresión.

Para analizar con detalle la forma en que la *Sala Especializada* abordó la problemática materia de este ensayo, a continuación se hará una breve síntesis argumentativa del razonamiento esbozado en cuanto a este punto.

3. Razonamiento del fallo

En primer lugar, se determinó que la concesión del canal televisivo por cuya señal se transmitió “Chacoteando la Noticia”, correspondía al gobierno de Sonora, misma que ejercía a través de un organismo público descentralizado de la Administración Pública Paraestatal llamado Televisora de Hermosillo, S.A. de C.V., con personalidad jurídica y patrimonio propios, el cual tenía por objeto la instalación y operación de radiodifusoras comerciales y de estaciones de televisión; arrendamientos, adquisición, compra – venta y, en general actividades necesarias correlacionadas.

En cuanto a su financiamiento, se concluyó que éste se conformaba de los fondos públicos provenientes del gobierno del Estado de Sonora, además de los recursos obtenidos por la venta de publicidad a transmitir a través de su señal televisiva.

Al respecto, cabe mencionar que el entonces gobernador de Sonora, Guillermo Padrés, llegó al puesto público a través de una postulación encabezada por el PAN.

De esta forma, al ser una entidad operada con recursos públicos, la *Sala Especializada* concluyó que se encontraba sujeta al principio previsto por el párrafo séptimo del artículo 134 de la *Constitución Federal*, el cual ordena que éstos deban ser aplicados con imparcialidad por parte de los servidores públicos responsable de ello, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

No obstante este principio de imparcialidad al que se encontraba sujeto en su carácter de ente manejado con recursos públicos, se sostuvo que no menos cierto es que los programas noticiosos gozan de una protección especial en lo que respecta a la definición y tratamiento de su contenido.

Ello, porque se razonó que las labores periodísticas y las actividades de la prensa son elementos fundamentales para el funcionamiento de las democracias, ya que a través de la exposición y valoración de la información, los medios de comunicación siembran las condiciones necesarias para que el debate público sea fuerte, informado y vigoroso¹.

Por lo tanto, una prensa independiente y crítica es un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático².

¹ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrafos. 117 y 118; «117. Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

118. Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención».

² CIDH. Informe No. 50/99. Caso 11.739. Héctor Félix Miranda. México. 13 de abril de 1999, párrafo 42; CIDH. Informe No. 130/99, Caso 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México. 19 de noviembre de 1999, párrafo. 46; «Una prensa independiente y crítica constituye un

Al respecto, se siguió la jurisprudencia interamericana, misma que ha sido consistente en reafirmar que la libertad de expresión es una condición esencial para que la sociedad esté suficientemente informada³, por lo que la máxima posibilidad de información es un requisito del bien común y es el pleno ejercicio de la libertad de información el que garantiza tal circulación máxima⁴.

De allí que, como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las posibles restricciones a la circulación de información periodística por parte del Estado deban minimizarse, en atención a la relevancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que tal importancia impone a los periodistas y comunicadores sociales⁵.

Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos⁶ ha sostenido que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, se

elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático y el Estado de Derecho».

³ Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 68 «La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada».

⁴ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo. 77; «Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad».

⁵ Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 02 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrafo 57; «Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas».

⁶ Eur. Court. Caso Dichand and others v. Austria, supra nota 120, para. 39; «Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un

debe distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando haga referencia a una persona pública, siendo los límites de la crítica más aceptables respecto de una persona pública.

Esta precisión sobre el valor de la libertad de expresión en el contexto democrático adquiere mayor relevancia cuando el contenido noticioso en análisis es, precisamente, de carácter político, pues existe un especial interés en garantizar el libre desarrollo de una comunicación pública que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherentes al principio de legitimidad democrática.

Así, las ideas alcanzan un máximo grado de protección constitucional cuando son difundidas con la finalidad de fomentar un debate sobre cuestiones netamente públicas.

En este sentido, la dimensión de máxima protección de la libertad de expresión de las fuentes noticiosas es correlativa al derecho fundamental de la ciudadanía a recibir toda clase de información y opiniones acerca de cuestiones de carácter público, y así funge como instrumento, en el contexto del sistema democrático electoral, para privilegiar el pluralismo informativo, y con ello contribuir a la construcción de una decisión comicial libre y razonada, coadyuvando así a la realización de elecciones libres y auténticas⁷.

De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸ ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

Esta concepción político-democrática de la libertad comunicativa encuentra su manifestación, en lo que importa al caso, en dos facetas, que bien pudieran

riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia».

⁷ En la jurisprudencia 33/2012, de rubro, *CANDIDATOS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. PUEDEN REALIZAR ACTOS DE CAMPAÑA EN PROCESOS ELECTORALES (LEGISLACIÓN FEDERAL Y SIMILARES)*, la Sala Superior ha privilegiado, *mutatis mutandi*, aquellos actos que incidan favorablemente en las condiciones para ejercer un voto razonado y libre.

⁸ CIDH Caso Herrera Ulloa, supra nota 79, párr. 129: «Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público».

identificarse como fondo y forma: en la libertad de elección de los contenidos noticiosos, y en la libertad del estilo comunicativo para difundirlos.

En efecto, un régimen de auténtica libertad comunicativa, propio de una sociedad democrática, implica que más allá de su contenido satírico o de cualquier otra índole, los agentes noticiosos gocen de plena discrecionalidad en la elección de las piezas informativas que, a su juicio, resulten relevantes para su auditorio, sin parámetros previos que impongan o restrinjan contenidos específicos, más allá de los límites que el propio artículo 6 constitucional prevé al efecto.

De igual forma, la elección sobre el estilo comunicativo encuentra amparo bajo estas razones democráticas, pues no hay un modelo normativo previo que especifique la forma en que las opiniones atinentes a las noticias pueden o deben expresarse. Ello incluye, desde luego, la legitimidad de la sátira, la parodia y la farsa como formas de expresión amparadas constitucionalmente.

Así, bajo esta línea argumentativa, la *Sala Especializada* concluyó que tal contexto es el que permitía sostener que, con independencia de que “Chacoteando la Noticia” haya sido un programa de noticias producido con recursos públicos, la elección de su contenido y tratamiento informativo se encontraba amparada por la libertad comunicativa, en razón de su carácter de agente noticioso y de su papel como difusor de la información de interés público.

Al respecto, se retomó el razonamiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que ha reconocido que los medios de comunicación social se cuentan entre los forjadores básicos de la opinión pública en las democracias actuales y es indispensable que tengan aseguradas las condiciones para incorporar y difundir las más diversas informaciones y opiniones⁹.

En el caso concreto, la *Sala Especializada* consideró que privilegiar la libertad comunicativa del programa de noticias en análisis era, precisamente, contribuir a la construcción de las condiciones necesarias para que la ciudadanía pudiera recibir toda clase de información y opiniones sobre las cuestiones públicas, y con ello garantizar un ambiente democrático que abonara a la emisión de un voto libre y razonado.

⁹ Tesis 1a. CCXVI/2009, de rubro *LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS JUEGAN UN PAPEL ESENCIAL EN EL DESPLIEGUE DE SU FUNCIÓN COLECTIVA*. Novena Época, Registro: 165758, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, diciembre de 2009, Página: 288.

Por ello, la argumentación que la promovente propuso, en el sentido de que existe un quebranto del principio de imparcialidad en el uso de los recursos públicos por la elección y tratamiento del contenido difundido en el programa “Chacoteando la Noticia” resultaba insostenible, pues desconocía el papel que los agentes noticiosos juegan en los sistemas democráticos, con independencia de su modelo de financiamiento.

Así, de una ponderación en el caso concreto del principio restrictivo contenido en el artículo 134, párrafo séptimo de la *Constitución Federal*, con las libertades editorial, informativa y de expresión, previstas por los artículos 6 y 7 del referido cuerpo normativo, en opinión de la *Sala Especializada* debían privilegiarse estas últimas, en tanto conforman la base del debate democrático y son pieza clave en la construcción de las condiciones para una ciudadanía debidamente informada.

En ese sentido, se concluyó que una televisora, aunque fuera estatal, tiene plena libertad editorial y de expresión para definir sus contenidos, en especial los de tipo noticioso cuando éstos respondan a una auténtica labor de información¹⁰, inclusive si ésta se realiza en tono de farsa, por lo que no resultaba necesario analizar el contenido efectivo del programa aludido o su distribución de tiempos entre las distintas opciones políticas que contendían por la gubernatura.

En consecuencia, la *Sala Especializada* no advirtió violación alguna a lo previsto por el artículo 134, párrafo séptimo de la *Constitución Federal*, por la difusión y contenido del programa “Chacoteando la Noticia”, en tanto como agente noticioso, gozaba de plena libertad editorial en la definición y tratamiento de sus contenidos.

4. Una mirada crítica al razonamiento del fallo

Desde nuestro punto de vista, se dejó de lado el argumento sustancial de la promovente para justificar la violación al principio de imparcialidad: el trato inequitativo de la información.

En efecto, según la promovente, cuando el programa reportaba contenido noticioso que tenía que ver con ella, la crítica resultaba ser especialmente mordaz; en cambio, cuando se trataba información de su principal contrincante político, se hacía con un tono benevolente, e incluso justificativo.

¹⁰ Al respecto, la jurisprudencia 29/2010 de la Sala Superior, de rubro *RADIO Y TELEVISIÓN. LA AUTÉNTICA LABOR DE INFORMACIÓN NO CONTRAVIENE LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR O CONTRATAR TIEMPO*.

El cuidadoso análisis de este argumento pone de relieve una cuestión incontrovertida: en ambos casos, el programa realizaba un ejercicio periodístico al reportar y comentar noticias. El agravio en realidad está en el tono y la tendencia de dichos comentarios: mientras que para la promovente resultaban críticos, hacia su contrincante eran justificativos.

No obstante lo anterior, la *Sala Especializada* se dedicó a argumentar que en tanto cumplía con una actividad periodística, el programa debía estar amparado por la libertad de expresión, con independencia del tono crítico que pudiera tener con la promovente.

Si bien este argumento pudiera ser cierto *prima facie*, en tanto efectivamente, los agentes noticiosos se encuentran especialmente protegidos en el ejercicio de la libertad de expresión de cara al papel democrático que cumplen en la sociedad, no menos cierto es que debe hacerse una especial distinción cuando dichos agentes noticiosos se encuentran financiados por recursos públicos, pues entonces deben considerarse agentes del Estado con un absoluto deber de imparcialidad para mantener la equidad en la contienda.

En efecto, de conformidad con la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Sala Superior)¹¹, la equidad ha sido reconocida como un principio característico de los sistemas democráticos modernos, en los cuales, el acceso a los cargos de elección popular se organiza a través de la competencia entre las diferentes fuerzas políticas para obtener el voto de la ciudadanía, por lo que es un principio con relevancia especial en la materia electoral al procurar asegurar que quienes compiten en la elección (partidos y candidatos) tengan condiciones equiparables desde el inicio hasta el final de la contienda.

Además, cabe decir que en el sistema electoral vigente existe una constatación de actividad legislativa tendente a salvaguardar la equidad en la contienda electoral, como principio rector de la materia electoral.

Las reformas constitucionales y legales dan cuenta de la preocupación constante del Poder Legislativo de perfeccionar las medidas normativas que tienden a proteger y garantizar expresamente este principio. Así, se ha regulado lo inherente al financiamiento público y privado, previendo la prevalencia del primero y su distribución proporcional entre los partidos políticos, así como las reglas relacionadas con los plazos y las erogaciones permitidas durante las precampañas y campañas.

Se ha regulado también lo relativo al acceso y distribución de los tiempos en radio y televisión; la prohibición de difusión en los medios de comunicación

¹¹ Resolución del expediente SUP-REP-81/2015.

social de propaganda gubernamental durante el periodo de campañas, con algunas excepciones y la prohibición específica de los servidores públicos, de incluir en dicha propaganda nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada.

El eje central de esta regulación constitucional y legal es, precisamente, la protección y garantía de la equidad en la contienda electoral durante distintas etapas del proceso electoral. Se ha instituido como presupuesto y fundamento de la libertad de elección, a través de la cual se impide que quienes participan en la competencia obtengan ventajas indebidas (derivadas de las posibles situaciones de dominio –políticas, sociales o económicas- en las que pudieran estar situados algunos participantes).

La equidad se ha constituido como principio rector de la materia, que da contenido a los derechos subjetivos de quienes participan en ella y que sirve de fundamento a las limitaciones impuestas a los competidores y a terceros, las cuales van destinadas a evitar el ejercicio de influencias indebidas sobre el electorado, aprovechando alguna situación de ventaja.

Por ello, la *Sala Superior* ha considerado de manera reiterada¹², que los objetivos de la regulación constitucional y legal de la propaganda gubernamental y del acceso a los medios de comunicación social consiste en evitar principalmente, que los sujetos ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales y sus resultados, así como que el poder público, en todos los órdenes, observe en todo tiempo, una conducta de imparcialidad respecto de la competencia electoral, impidiendo la injerencia de dicho poder a favor o en contra de cualquier partido político o la persona que ostente una candidatura a cargo de elección popular e incluso, la utilización del poder para promover ambiciones personales de índole política, con las excepciones expresamente estipuladas por el Poder Revisor de la Constitución.

En este contexto, debe apuntarse que en el párrafo séptimo del artículo 134 de la *Constitución Federal* dispositivo se encuentra un principio implícito, consistente en el deber por parte de todos los entes del Estado Mexicano de cumplimiento absoluto del principio de imparcialidad en la aplicación de los recursos públicos.

En efecto, de una interpretación gramatical de la norma, se tiene que la expresión “en todo tiempo” hace referencia a un supuesto incondicionado, que no hace distinciones entre casos particulares en los que el empleo de los recursos públicos pueda inobservar el principio de imparcialidad.

¹² Entre otras, pueden consultarse las sentencias dictadas en los expedientes SUP-RAP-307/2009, SUP-RAP-57/2010, SUP-RAP-119/2010 y acumulados.

De una interpretación sistemática, en el contexto del mismo párrafo octavo, debe entenderse que ello es una referencia a la imparcialidad en el marco de la contienda electoral.

Así, la funcionalidad del dispositivo normativo atiende a privilegiar la equidad competitiva electoral, con la subsecuente prohibición de utilizar cualquier recurso público en su detrimento, con independencia del ámbito en que ello se pueda realizar, pues se debe buscar en todo caso preservar las condiciones de libertad e igualdad democráticas en la competencia por los cargos de elección popular.

Ello, con independencia de que los recursos públicos sean de carácter financieros, materiales, humanos o de cualquier otra clase.

Esto implica la observancia absoluta por parte de todos los entes del Estado Mexicano de la imparcialidad en el manejo de los recursos públicos, con independencia de la función estatal en que éstos se vayan a emplear, siempre y cuando tal función pueda generar un resultado tal que dañe el balance de las condiciones de competencia electoral.

Así, cuando están nutridas con recursos públicos, sean éstos materiales, humanos, financieros, o de cualquier otra clase, los entes gubernamentales, incluyendo los titulares de una concesión, deben de respetar el principio de imparcialidad en todo caso, pues lo que busca el dispositivo constitucional es precisamente evitar que tales recursos se empleen en detrimento de las condiciones de equidad en la competencia.

Bajo esta perspectiva, a nuestro juicio, la *Sala Especializada* debió analizar puntualmente el contenido de cada uno de los programas con respecto al tratamiento de cada uno de los actores políticos inmiscuidos en la contienda, en aras de verificar si más allá de ejercer una actividad noticiosa, ésta se estaba llevando a cabo de forma tal que se procurase la equidad en la contienda electoral por la gubernatura que en su momento se estaba desarrollando.

5. Una propuesta alternativa al fallo

La anterior conclusión no es baladí, pues bajo esta premisa de necesario análisis del contenido del programa noticioso, pues podría haber elementos para resolver este caso de una forma distinta: esto es, concluyendo que sí existió un quebranto al 134, párrafo 7 de la *Constitución Federal*, en tanto el trato noticioso –financiado con recursos públicos– fue inequitativo entre los contendientes a la gubernatura ya mencionados.

En efecto, del análisis de la totalidad del contenido presentado en los 10 programas de “Chacoteando la Noticia”, se tiene que en atención a la

naturaleza político/electoral de su temática, éste contó con contenido político en el 61.68% de la totalidad de su tiempo, mientras que sólo en el 38.32% del tiempo trató temas ajenos a este tópico.

Ahora bien, de la totalidad del tiempo destinado a tratar temas políticos, la ocurrió de la siguiente manera:

Tiempos de crítica política		
<i>Críticas al PRI</i>	<i>00:21:30</i>	<i>27.694%</i>
<i>Críticas a Claudia Pavlovich</i>	<i>00:15:06</i>	<i>19.450%</i>
<i>Críticas al Gobierno Federal</i>	<i>00:34:37</i>	<i>44.589%</i>
<i>Apoyo al Gobierno local de Sonora</i>	<i>00:01:21</i>	<i>1.738%</i>
<i>Apoyo a Javier Gándara</i>	<i>00:01:52</i>	<i>2.404%</i>
<i>Críticas a otros partidos políticos</i>	<i>00:03:12</i>	<i>4.121%</i>
<i>Total</i>	<i>01:17:38</i>	<i>100%</i>

Es ilustrativo poner de relieve que de la totalidad del tiempo destinado a las cuestiones políticas, 95.86% corresponde a notas satíricas referentes a actores políticos ajenos al PAN, mientras que a éste únicamente se le dedica 4.14% porcentaje del tiempo, tomando en consideración tanto lo relativo al gobierno estatal (cuyo titular era de extracción panista), como a su candidato a la gubernatura.

Respecto de los comentarios vertidos en el programa en relación a las noticias alusivas al PRI o a su candidata, se considera que sí pueden constituir críticas severas en relación al actuar del partido o de la contendiente.

Para ello, no se duda en utilizar elementos ridiculizantes, tales como la sátira o la parodia con personajes o títeres, como medio de expresión de la opinión editorial del noticiario.

Otro tanto puede decirse en relación a las severas críticas al gobierno federal, pues resulta un hecho notorio que su titular llegó al puesto mediante comicios en los que contendió por parte del PRI.

En contraste con lo anterior, las notas informativas que tenían que ver con los actores políticos que contendieron en los diversos procesos comiciales en curso en ese momento relacionados con el PAN, guardaron una tónica mucho más benévola, pues las opiniones que al respecto se hicieron no eran propiamente de crítica, sino de justificación a las actuaciones de los actores políticos emanados de estas filas, o simplemente informativas.

Así, a manera de ejemplo, se tienen los siguientes:

- En el programa transmitido el 11 de marzo, se informó que el presidente estatal del *PAN* acusó al dirigente estatal del *PRI* de preferir el golpeteo político en vez de presentar su declaración patrimonial.

- En el mismo programa, se dio cuenta que el presidente nacional del *PAN* denunció penalmente a diversos funcionarios ligados al *PRI*, en relación a las llamadas que supuestamente guardan relación con el posible desvío de recursos públicos a la campaña de la candidata de la coalición del *PRI* y otros partidos a la gubernatura local.

- En el programa de 16 de marzo, se dio cuenta sobre la remoción del secretario del Ayuntamiento de Nogales, Sonora, del que se dice está presuntamente implicado en el posible desvío de recursos referido, y se vuelve a repetir que el *PAN* denunció penalmente ante la Fiscalía Especial Para la Atención de Delitos Electorales a diversos funcionarios públicos del *PRI*.

- En el mismo programa, hubo una cápsula con títeres relativa a la preparación de los festejos onomásticos del actual gobernador de Sonora de extracción panista, Guillermo Padrés, de quien se comenta los tiene bien merecidos.

- En el programa transmitido el 17 de marzo, se abrió el espacio informativo con un video en donde el candidato a la gubernatura por el *PAN*, Javier Gándara, afirmaba en el contexto de lo que aparenta ser un mitin político que “es un hombre que sabe cumplir”. Minutos más adelante, se comentó que tal candidato expresó ante el electorado que no les fallaría. Acto seguido, se presentó un video cuyo contenido es el de un extracto de lo que aparenta ser el mismo mitin político, en el que el referido candidato expresa tal idea.

- En el programa transmitido el 20 de marzo, se comentó sobre el bajo índice de aprobación en la opinión pública del actual presidente. Luego de ello, se contrastó su índice con el de los presidentes emanados del *PAN*, Vicente Fox y Felipe Calderón, de quienes se comenta que eran mayormente aprobados, en relación con Peña Nieto.

- En el mismo programa, se reportó que algunos medios habían tratado de manejar la información relativa a un mitin político de Gándara, en el que no se sirvió a los asistentes el desayuno que presuntamente habían prometido los organizadores, “como la llegada del apocalipsis”. Al respecto, se comentó que Gándara es una persona a quien no le gusta que nada salga mal en sus eventos, por lo que escuchó los reclamos de los asistentes;

posteriormente, prometió a la gente que los organizadores del evento, por “*macanas y maletas*”¹³, les invitarían un desayuno tipo buffet. Sobre el uso de tal expresión, se comenta que ello es “franqueza natural del sonoreense”. Luego se apunta que la actitud del candidato no es para menos, pues muchos ciudadanos exigen a los gobernantes que llamen la atención a sus colaboradores cuando es necesario.

Como se puede advertir, a diferencia de lo que ocurre con los comentarios críticos que se emiten al tenor de las notas de los otros actores políticos que participan en el actual proceso comicial, los relativos al *PAN* eran meramente informativos, pues se daba cuenta de las diversas acciones jurídicas llevadas a cabo en contra de los intereses políticos del *PRI* (ya sea del partido en sí o de su candidata a la gubernatura de Sonora).

En la misma línea, las opiniones que se dieron respecto de la información generada por la actividad de Javier Gándara fueron de corte completamente positivo o benevolente, pues de él se comentó que es un hombre que sabe cumplir, además que lo que otros medios han calificado como *la llegada del apocalipsis*¹⁴, en realidad se trataba de la *franqueza natural del sonoreense*¹⁵. Incluso se le justificó en las acciones que otros medios de comunicación habían tachado de reprobables, aludiendo que ésta era concordante con las exigencias populares acerca de que los gobernantes llamen la atención a sus colaboradores cuando sea necesario.

Lo anterior pone en evidencia que existió un marcado contraste tanto en el espacio informativo como en el tratamiento que se le brindó a cada una de las principales fuerzas políticas contendiendo en el proceso electoral para la elección de la gubernatura de Sonora.

Mientras a las acciones de la candidata del *PRI*, Claudia Pavlovich, se le dedicó ocho veces más de tiempo aire en relación al contendiente del *PAN*, todos los comentarios editoriales que al respecto de su información se presentaron fueron satíricos y altamente críticos, además de que tendieron a ridiculizar mediante la parodia las acciones de la candidata¹⁶.

¹³ La expresión “maleta”, según la Real Academia Española de la Lengua, se puede usar para referirse a una <<persona que practica con torpeza o desacierto la profesión que ejerce>>. Por su parte, la expresión “macana”, en el contexto sonoreense, es un regionalismo altisonante y considerado ofensivo que alude a quien comete estupideces.

¹⁴ “Chacoteando la Noticia” programa de veinte de marzo, minuto 10 y 43 segundos.

¹⁵ “Chacoteando la Noticia” programa de veinte de marzo, minuto 10 y 47 segundos.

¹⁶ Sin que puedan considerarse un lenguaje de odio, definido por Bhikhu Parekh como el que «estigmatiza a su objetivo adscribiéndole un conjunto de cualidades constitutivas que son vistas de forma extendida como altamente indeseables». PAREKH, *Hate speech. Is there a case for banning?*, in *Public policy research*, 2006, 214.

Otro tanto se puede decir del contraste entre el tratamiento de la información y comentarios vertidos respecto del *PAN* y del *PRI*, pues mientras sobre el primer instituto político se presentó la información con un ánimo neutral, en el caso del segundo sus acciones fueron altamente reprochadas mediante el uso de la sátira y la parodia.

6. Conclusión

El anterior panorama pone en evidencia que, contrario a la *Sala Especializada*, respetuosamente se sostiene que en el caso sí se configuró la violación al párrafo séptimo del artículo 134 de la *Constitución Federal*, pues en tanto el programa fue transmitido por una televisora estatal, organismo público descentralizado, que se nutre de recursos financieros, humanos y materiales de carácter público para su funcionamiento, debió guardar una actitud de imparcialidad en cuanto a la forma en que presenta las noticias.

En efecto, el principio de imparcialidad en el uso de los recursos públicos debió entenderse como un mandato a la concesionaria pública de generar y presentar su información televisiva de tal forma que no tuviera ninguna incidencia en la equidad del contexto electoral en la que se inserta.

Con su actuación, rompió tal principio de imparcialidad, en la medida en que no hubo, en los diez programas analizados, una distribución uniforme y equitativa en el espacio que se le asignó a cada una de las fuerzas políticas en los actuales comicios.

Además, tampoco se advierte que hubiese guardado una línea editorial consistente en el objetivo de “sátira política” con respecto de todos los contendientes, como en su momento informó el director de la televisora.

En contraste con ello, las opiniones hechas en torno a la información atinente a la candidata Claudia Pavlovich, o al mismo instituto político, resultaron críticas mordaces que, si bien amparadas por la libertad de expresión, se opusieron cualitativamente a las generadas en torno a su oponente político.

En este sentido, es posible sostener que tanto la selección de la información que se presentó, como las opiniones y comentarios que en torno a ella se emitieron, rompieron con el principio de imparcialidad que todo uso de los recursos públicos debe respetar, en detrimento de la equidad en la contienda, principio rector de la organización y desarrollo del juego democrático.

Cabe recalcar que este criterio se funda en la base de que a pesar de ser un órgano de carácter informativo, y por lo tanto con una libertad de expresión que resulta imprescindible para la formación de la opinión pública, su financiamiento se generó a partir de los recursos públicos, a los que constitucionalmente se les

debe de dar un destino imparcial cuando puedan romper el principio de equidad en la contienda electoral.

Lo anterior puede plantearse como una controversia entre la igualdad y la libertad por parte de un medio del Estado y, en este caso, la labor del Estado debe inclinarse por asegurar la igualdad y restringir con ello su libertad de actuación como si de un particular se tratara, pues los órganos del Estado tienen la función de procurar la protección de la igualdad y no hacer alarde de su libertad, como señala Owen Fiss que ha sucedido en Estados Unidos, a partir de la resolución del caso *Brown vs. Comité de Educación* en 1954¹⁷.

Es decir, debió hacerse una distinción, con base en un criterio más estricto, respecto del margen de apreciación respecto del tratamiento informativo que un agente noticioso puede tener, en la medida en que hubo recursos públicos involucrados, pues en un Estado democrático, cuando hay un mandato Constitucional hacia las autoridades de no intervenir en los procesos electorales para favorecer a alguno de los contendientes, no se pueden utilizar los medios de comunicación a su servicio para criticar a alguno de los candidatos y justificar a otro, pues la labor es servir de instrumento para asegurar la equidad en la contienda, lo que coincide con una visión de la democracia pluralista, pues se trata de regular el acceso equitativo a los medios¹⁸.

7. Fuentes de consulta

Normativa

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Publicada en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1917; última reforma al 29 de enero de 2016.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Adoptada el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por México el 2 de marzo de 1981.

¹⁷ «...la decisión *Brown* invalidó la segregación racial; no obstante, en términos más amplios, redefinió la Constitución, al conceder a la igualdad un lugar en el orden constitucional, tan importante como el concedido a la libertad y reconociendo, a la vez, el rol del Estado en la procuración de dicho valor». FISS, *El efecto silenciador de la libertad de expresión*, in *Isonomía*, 1996, 18.

¹⁸ «...they share the conception that the political process is instrumental rather than an end in itself, ... With these usually goes the idea that the goal of politics is the optimal compromise between given, and irreducibly opposed, private interests». ELSTER, *The market and the forum* in MATRAVERS, PIKE (eds.), *Debates in contemporary political philosophy. An anthology*, London-New York, 2003, 325.

Tesis y jurisprudencias

Las tesis y jurisprudencias de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN se pueden consultar en el portal www.scjn.gob.mx.

Las de TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN se encuentran disponibles en www.te.gob.mx.

Las sentencias y criterios de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS se encuentran disponibles para consulta en www.corteidh.or.cr.

Bibliografía

DAHL, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, 1992.

ELSTER, *The market and the forum* in MATRAVERS, PIKE (eds.), *Debates in contemporary political philosophy. An antology*, London-New York, 2003.

FISS, *El efecto silenciador de la libertad de expresión*, in *Isonomía*, 1996.

MAYER, *In defence of negative campaigning*, in *Political Science Quaterly*, 1996.

MUÑOZ LORENTE, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1999.

PAREKH, *Hate speech. Is there a case for banning?*, in *Public policy research*, 2006.

LA TUTELA DEGLI ANIMALI: CONFRONTO FRA OCCIDENTE ED ORIENTE

Marco Seghesio

Dottore di ricerca in “Diritto comparato e processi d’integrazione” presso il Dipartimento di Scienze Politiche “Jean Monnet” della Università della Campania, “Luigi Vanvitelli

La maniera d’intendere l’animale in Asia, in particolar modo in India, differisce grandemente da quella propria della tradizione occidentale. In India, infatti, la communis opinio, ispirata dalle locali tradizioni filosofiche, ha storicamente favorito il principio per cui tutti gli esseri viventi sono ritenuti meritevoli di rispetto; sicché, è biasimato l’uso della violenza tanto contro l’animale quanto contro l’uomo. In Occidente, invece, con talune rare eccezioni, gli animali sono stati generalmente considerati in posizione subalterna rispetto agli uomini, al punto che non è mai stata loro conferita soggettività giuridica, limitandosi sempre a considerarli come oggetti d’un diritto altrui. Di conseguenza, nella tradizione giuridica occidentale, lo sfruttamento istituzionalizzato degli animali è stato ed è, per la maggior parte, considerato lecito ed accettabile.

Il presente articolo mira ad analizzare le conseguenze che tale differenza di prospettive ha avuto sull’evoluzione del diritto in materia e quali spunti possono essere offerti ai fautori occidentali dei diritti degli animali, al fine di meglio perseguire i loro scopi.

The way animals are considered in Asia, in particular in India, greatly differs from the way animals are considered in the West. In India, in fact, the communis opinio, inspired by the local philosophical traditions, has historically been in favour of recognising all living beings as worthy of respect and in deploring the practice of violence against animals as well as men. In the West, on the other hand, except for few rare exceptions, animals have generally been held to be inferior to men, so much so that they have never been considered subjects of rights, but rather objects of someone else’s rights. As a result, in the West, most practices of institutional exploitation of animals are currently accepted and performed.

This article aims at analysing the consequences these different perspectives have had on the development of the law on the subject, and what inspiration may be taken by Western advocates of animal rights, in order for them to best further their goals.

Sommario:

1. Introduzione
2. L’animale in Occidente
3. L’animale in Oriente
4. Critiche al sistema indiano
5. Conclusioni

1. Introduzione

Lo scopo del presente articolo è il sottolineare quali siano le differenze nella percezione dell'animale fra l'Occidente e l'Oriente; infatti, malgrado uno dei fini fondamentali di tutti gli ordinamenti sia il controllo della violenza al suo interno – in ogni diritto, infatti, è possibile trovare regole che reprimano i fenomeni della percossa e della lesione¹ –, i destinatari di tale protezione mutano secondo il sistema considerato². Di conseguenza, un'analisi del tema della tutela dei diritti degli animali deve necessariamente tener conto del ruolo che ciascuna società loro tradizionalmente assegna. Dopotutto, com'è noto, diritto e cultura si influenzano vicendevolmente e ben si può affermare che «*le leggi rappresentino, in un certo senso, la formulazione prescrittiva della morale e dell'etica di un popolo*»³.

A differenza dei sistemi occidentali, infatti, talune filosofie orientali si curano non solo di normare il fenomeno della violenza, bensì si sospingono oltre, trattando anche del desiderio di fare violenza. Gandhi, per esempio, scrisse che «*la non-violenza è la legge della nostra specie, così come la violenza è la legge della bestia. Lo spirito giace dormiente nell'animale ed esso non conosce alcuna legge se non quella della prestanza fisica. La dignità dell'uomo richiede l'obbedienza ad una legge superiore – alla forza dello spirito*»⁴. Il termine indù che egli adopera, *ahimsā*, è solitamente tradotto come “non-violenza”; eppure, esso ha una connotazione più positiva. Questo termine deriva infatti dalla radice sanscrita “*han*” che significa “uccidere”, preceduta dal prefisso “*a-*” che indica negazione; sicché, letteralmente, significherebbe “privo di ogni desiderio di uccidere”⁵.

¹ Così, per esempio, nel diritto romano si trova il delitto d'*iniuria* e nel *common law*, sin dalle origini, è presente l'azione di *trespass to the person*.

² Infatti, le valutazioni etiche intorno a quali condotte siano meritevoli e quali, invece, biasimevoli mutano sia in chiave diatopica fra diversi ordinamenti sia, all'interno dello stesso ordinamento, in chiave diacronica; sicché, ciò che è oggi accettabile, domani può divenir deplorabile e viceversa (al proposito, si veda, per esempio, DE ANCA, *Investing with values: Ethical investment vs. Islamic investment*, in FAHIM – PORZIO (a cura di), *Islamic Banking and Finance in the European Union*, Cheltenham, 2010, 130 ss.).

³ KENNEDY, *Towards Legal Rights for the Environment: A Study of Progress*, in *Irish Student Law Review*, vol. 6, 1998, 86.

⁴ EASWARAN, *Gandhi the Man*, Berkeley, 1978, 154.

⁵ FOLEY - WILSON, *Non-violence and the Rule of Law*, in *Legal Service Bulletin*, vol. 8, 1983, 2.

2. L'animale in Occidente

Esaminando il sistema statunitense, ch'è generalmente considerato all'avanguardia in tema di diritti umani, è possibile notare come gli animali godano di poche tutele. Infatti negli Stati Uniti, che pur sono stati patria di un fervente movimento animalista⁶, gli animali sono ancora frequentemente adoperati per il beneficio degli uomini.

Certo, esistono delle regole finalizzate alla repressione dei maltrattamenti, ma la loro base teorica si rinviene nel potere di polizia di ogni singolo Stato, vale a dire il potere di imporre restrizioni ragionevoli sulla proprietà o sulla libertà di un soggetto al fine di proteggere la salute, la sicurezza, la morale o il benessere generale della comunità⁷.

Da ciò palesemente emerge come un animale sia pur sempre considerato l'oggetto di un diritto altrui e come la repressione degli abusi non discenda dall'attribuzione, da parte dell'ordinamento, di un valore intrinseco all'incolumità d'un animale. Le ragioni di quest'approccio sono principalmente storiche: infatti, nel *common law* tradizionale, gli animali non godevano di alcuna protezione, se non come conseguenza indiretta della possibilità riconosciuta al proprietario di un qualsiasi bene di agire contro chi l'avesse danneggiato.

La criminalizzazione *per se* degli atti di abuso fu, così, una grande innovazione, sebbene, ad un'analisi più approfondita, non si tratti di un mutamento rivoluzionario: difatti, malgrado alcuni indici dimostrino un embrionale riconoscimento del fatto che pure gli animali⁸ siano esseri senzienti⁹, la maggior parte delle decisioni giurisprudenziali in tema di

⁶ Negli Stati Uniti sono attivi, per esempio, l'*Animal Liberation Front* (ALF) e l'associazione *People for the Ethical Treatment of Animals* (PETA). Inoltre, statunitensi sono pure numerosi studiosi che hanno approfondito il tema dei diritti degli animali, fra cui, senza alcuna pretesa di esaustività, Henry Spira, fondatore del PETA, Steven M. Wise, Gary L. Francione, Tom Regan e Carol J. Adams.

⁷ Per un approfondimento sul tema, si veda il lemma "*police power*" nell'*Encyclopædia Britannica*, rivenibile all'indirizzo <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/467323/police-power>

⁸ Malgrado, poi, talvolta l'interpretazione giurisprudenziale di tali norme presenti alcune curiose peculiarità: per esempio, la Corte Suprema del Kansas, nel 1973, stabilì che, con riferimento alle norme contro i maltrattamenti, un gallo non era da considerarsi un animale. (*State v. Claiborne*, 211 Kan. 264, 505 P.2d 732 (1973)).

⁹ Si fa riferimento, per esempio, alla norma emanata dallo Stato del Colorado (Colo. Rev. Stat. § 18-9-202), che, insieme con altre condotte, punisce chiunque «tortur[i]», «torment[i]» o «crudelmente percuot[a]» un animale: si tratta, qui, di verbi che, solitamente, si riferiscono ad azioni aventi come vittime esseri senzienti. (CHANDOLA, *Dissecting American Animal*

maltrattamento d'animale inquadrano la problematica nell'ambito della tutela della pubblica moralità, che viene corrotta dal compimento di atti crudeli e barbari¹⁰. È possibile trovare, è vero, una sentenza¹¹ in cui si sostiene che le norme contro i maltrattamenti sono finalizzate a proteggere gli animali in quanto creature capaci di dolore e piacere tanto quanto gli esseri umani¹², ma essa più che un'eccezione costituisce un vero e proprio *hapax*.

Esaminando più nel dettaglio le norme che puniscono gli atti di abuso verso gli animali, si nota come queste eccettuino tutti quegli usi che l'uomo moderno, così come i suoi antenati, tradizionalmente ne fa: la macellazione per la produzione di cibo o di capi di abbigliamento, nonché lo sfruttamento a fini d'intrattenimento e di sperimentazione scientifica. Tutte queste condotte, per quanto causino sofferenza, non sono in alcun modo proibite. La questione, quindi, diventa quali atti siano da considerarsi biasimevoli; ed è solo la società che può fornire una risposta a questo quesito: è evidente, infatti, che persino l'uccisione possa, secondo i casi, costituire attività lecita. Per fare un esempio estremo, in *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*¹³, la Corte Suprema degli Stati Uniti sostenne che un'ordinanza cittadina finalizzata alla proibizione dei sacrifici animali, che direttamente colpiva i riti celebrati dai fedeli della religione della santeria, non poteva essere giustificata alla luce delle norme contro il maltrattamento di animali, atteso che attività come la caccia, la pesca e l'uccisione di animali molesti erano permesse, aggiungendo che, poiché il provvedimento impugnato tutelava solo una ristrettissima percentuale fra gli animali presenti in città, esso era inteso a limitare l'esercizio della libertà religiosa di taluni cittadini¹⁴.

Più all'avanguardia appare, invece, la situazione in Austria, dove il

Protection Law: Healing the Wounds with Animal Rights and Eastern Enlightenment, in *Wisconsin Environmental Law Journal*, vol. 6, 2002, 5)

¹⁰ Si vedano, *ex multis*, *Commonwealth v. Higgins*, 277 Mass. 191, 194, 178 N.E. 536, 538 (Mass. 1931) e *State v. Porter*, 112 N.C. 887, 889, 16 S.E. 915, 916 (NC. 1893).

¹¹ *Stephens v. State*, 65 Miss. 329, 3 So. 458 (Miss. 1888).

¹² Nella sentenza, la Corte Suprema del Mississippi sostenne che «*la crudeltà verso gli animali [era] manifestazione di una natura crudele e corrotta, che tend[eva] inevitabilmente alla crudeltà verso l'uomo*», soggiungendo che gli esseri umani si sarebbero dovuti mostrar benevoli verso «le bestie» (in originale «*dumb brutes*»), senonaltro per apprendere la benevolenza nei confronti gli uni degli altri.

¹³ 508 U.S. 520, 113, S.Ct. 2217 (1993).

¹⁴ CHANDOLA, *op. cit.*, 12 ricorda come la sentenza citata sia stata oggetto di pregnanti critiche, poiché aveva mancato di considerare il fatto che la proibizione di sacrifici animali aveva fondamenti ben radicati nella tradizione secolare.

paragrafo 285a dell'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), introdotto nel 1988, sancisce come gli animali non siano cose¹⁵ e siano protetti da leggi apposite. La norma soggiunge, poi, come «*le disposizioni valide per le cose siano valide solo se non esistono disposizioni contrarie*¹⁶». Una previsione praticamente sovrapponibile è contenuta nel paragrafo 90a del *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco, introdotto nel 1990. In aggiunta a ciò, nel 2002, la Costituzione tedesca è stata riformata, con l'adozione del nuovo art. 20a, con cui si vincola lo Stato a «*tutelare le condizioni vitali della specie umana e degli altri animali*¹⁷».

Spostando, invece, lo sguardo sull'Italia, si può notare come le soluzioni giuridiche al problema in parola siano simili a quelle adottate negli Stati Uniti. Innanzitutto, ai sensi della novella del 2004, che ha parzialmente abrogato le norme previgenti sui maltrattamenti, inserendo nel Codice Penale gli articoli da 544-bis a 544-sexies, gli atti di abuso sono perseguiti in quanto offensivi del “sentimento per gli animali”, sicché, parrebbe, che l'animale sia un mero oggetto materiale del reato e non già il titolare di un interesse giuridicamente rilevante.

Va tuttavia precisato che, già prima della riforma, certa dottrina «*aveva evidenziato una mutata concezione del bene giuridico: si era riconosciuto, infatti, che gli animali possono essere anche portatori di diritti e di interessi protetti dalle norme giuridiche. Pur mantenendo quale oggetto diretto di tutela il sentimento comune di pietà verso gli animali, in considerazione della collocazione della norma nell'ambito delle «contravvenzioni concernenti la Polizia dei costumi», l'animale in sé considerato rappresentava, di tal guisa, il beneficiario riflesso di tale tutela*¹⁸». Una conseguenza di questa nuova concezione era il riconoscimento di tutela anche a quelle specie animali «*che tradizionalmente sono considerate meno*

¹⁵ Ossia, «*Tiere sind keine Sachen*», ancorché la norma taccia su che cosa, invece, essi siano.

¹⁶ CERINI, *Il diritto e gli animali: Note gius-privatistiche*, Torino, 2012, 63. Si veda anche LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in CASTIGNONE – LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà – Zatti, Milano, 2012, 249 ss.

¹⁷ CERINI, *op. cit.*, 65. Dopotutto, in Germania, il tema della tutela dei diritti degli animali ha una lunga tradizione, essendo stato affrontato, per la prima volta, già nel 1933, con la *Tierschutzgesetz*, con cui si proibiva la crudeltà nei confronti degli animali, si predisponavano forme di tutela e si limitavano gli esperimenti sugli stessi. Per una breve analisi della norma, si rimanda a CERINI, *op. cit.*, 64.

¹⁸ Commento all'articolo 544-ter c.p. in RONCO - ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione (2a edizione)*, Torino, 2007, 2193-2194.

*vicine all'uomo*¹⁹».

Può contristare che, a questo proposito, il legislatore non abbia fatto proprio quest'orientamento, presente anche in giurisprudenza²⁰, e non abbia apprestata una tutela diretta in favore degli animali, una scelta che taluni hanno criticato come giuridicamente anacronistica, malgrado vi siano voci minoritarie che, *«pur riconoscendo che il legislatore non ha abbandonato l'impostazione tradizionale, sottolinea[no] come nella riforma sia ravvisabile un velato riconoscimento della soggettività degli animali*²¹».

E, indipendentemente, dalla determinazione del bene giuridico tutelato dalle norme in parola si può notare come, anche in Italia, il legislatore non abbia deciso di proibire tutte le condotte che possano cagionare sofferenze all'animale, bensì abbia fatti salvi tutti quegli usi che ne sono tradizionalmente considerati accettabili, quand'anche questi possano, in ipotesi, condurre alla morte dello stesso; e, infatti, le norme incriminatrici che puniscono l'uccisione ed il maltrattamento contengono una clausola di illiceità speciale, da determinare alla luce di criteri extra-giuridici, vale a dire l'aver commesso il fatto per crudeltà o senza necessità. Così, la dottrina rileva *«che il discrimine tra comportamenti leciti e condotte penalmente rilevanti è determinato dalla coscienza sociale che giustifica, sulla scorta del fine perseguito, determinate azioni*²²».

Ed è necessario, a questo punto, menzionare anche l'articolo 19-ter delle disposizioni di coordinamento del codice penale (rubricato "Leggi speciali in materia di animali") che statuisce *«[I]e disposizioni del titolo IX bis del libro II del codice penale non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione degli animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense,*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Per esempio, nella sentenza 20.05.1997, n. 5584, la Suprema Corte aveva precisato che *«[s]ono punibili ex art 727 cp non soltanto quei comportamenti che offendono il comune sentimento di pietà e mitezza verso gli animali [...], ma anche quelle condotte che [...] incidono sulla sensibilità dell'animale, producendo un dolore, pur se tali condotte non siano accompagnate dalla volontà di infierire sugli animali ma siano determinate da condizioni oggettive di abbandono od incuria»*. E nella sentenza 27.10.2000, n. 11056, essa aveva statuito che *«il reato di cui all'art. 727 c.p. tutela gli animali in quanto autonomi esseri viventi, dotati di sensibilità psico-fisica, capaci di sentire il dolore, soprattutto quello della mancanza di attenzione ed amore legato all'abbandono»*.

²¹ RONCO - ARDIZZONE, *op. cit.*, 2193-2194.

²² *Ibid.* Per una (breve e disimpegnata) analisi del requisito della necessità, sia permesso citare SEGHEGIO, *Tanto va la gatta al lardo che ci lascia lo zampino*, in CAVALIERI – COLOMBO (a cura di), *Il massimario. Proverbi annotati di diritto comparato. Liber amicorum in onore di Gabriele Crespi Reghizzi*, Milano, 2013, 237 ss.

*di giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali. Le disposizioni del titolo IX bis del libro II del codice penale non si applicano altresì alle manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente».*²³

Va, tuttavia, rilevato come, in tempi più recenti, il Parlamento si sia mostrato maggiormente attento al tema dei diritti degli animali, in linea anche con l'art. 13 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, come modificato dal *Trattato di Lisbona*, in cui gli animali sono definiti come «*esseri senzienti*», delle cui esigenze in tema di benessere gli Stati e l'Unione sono vincolati a tenere pienamente conto²⁴. È possibile, in questa sede, citare l'art. 31 della Legge 29 luglio 2010, n. 120, *Disposizioni in materia di sicurezza stradale*, il cui primo comma permette l'uso di sirena e lampeggiante «*ai conducenti delle autoambulanze, dei mezzi di soccorso anche per il recupero degli animali o di vigilanza zoofila, nell'espletamento dei servizi urgenti di istituto*», ed il cui secondo comma sancisce che «*l'utente della strada, in caso di incidente comunque ricollegabile al suo comportamento, da cui derivi danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti, ha l'obbligo di fermarsi e di porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso agli animali che abbiano subito il danno*».

Al medesimo spirito s'ispira altresì una serie di atti approvati dal Senato nella seduta del 30 aprile 2015²⁵, mediante cui s'impegna il Governo a promuovere una serie d'iniziative finalizzate a dare attuazione agli impegni, assunti a livello internazionale, in tema di tutela del benessere animale. Si

²³ Criticando tale disposizione il Vallauri scrive che «*[l]a legge, faciens candida de nigris (Ovidio), trasforma la quasi totalità delle uccisioni ontologiche e dei maltrattamenti ontologici in non uccisioni giuridiche e in non maltrattamenti giuridici: la caccia non è uccisione né maltrattamento, la pesca idem, gli allevamenti intensivi non sono maltrattamenti, la macellazione non è né maltrattamento né uccisione, la vivisezione idem. C'è scontro frontale tra diritto e ontologia. E anche tra diritto e ragionevolezza: tutti gli interventi distruttivi sugli animali devono, in quanto previsti dalle leggi speciali, presumersi aureolati di "necessità" ».* VALLAURI, *La questione animale come questione filosofica – giuridica*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, 259.

²⁴ Nel rispetto, tuttavia, delle «*disposizioni legislative o amministrative e [del]le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale*». Per un più approfondito esame della tutela dei diritti degli animali nel diritto europeo si veda ADINOLFI, *Il trattamento degli animali del diritto dell'UE*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 19 ss.

²⁵ Mozione 1/00239 presentata da Paola Taverna, mozione 1-00267 presentata da Monica Cirinnà, mozione 1-00397 presentata da Serenella Fucksia, ordine del giorno 9/1-00239/1 presentato da Carlo Giovanardi e ordine del giorno 9/1-00239/2 presentato da Elena Fattori.

mira a promuovere, per esempio, la diffusione *«di metodologie alternative alla sperimentazione animale con la finalità di abbandonare progressivamente l'uso degli animali a fini scientifici fino alla completa sostituzione²⁶»*, ed a rendere maggiormente incisiva la repressione dei *«reati contro il sentimento animale, inasprendo le pene personali e pecuniarie previste ed implementando sistemi di controllo più efficaci²⁷»*, intervento da affiancarsi ad un rafforzamento *«[dell']attuale Nucleo Investigativo per i Reati in Danno degli animali del Corpo forestale dello Stato e nel caso di fusione con altri corpi di mantenerne la struttura e le competenze, incentivando la lotta alla criminalità nella gestione del randagismo²⁸»*.

Non si può, tuttavia, non notare come tali interventi procedano in maniera disordinata e non siano frutto di un'opera sistematica di riforma²⁹.

A questo punto, però, appare utile un breve *excursus* storico, al fine di comprendere come, ancor oggi, certe forme di sfruttamento istituzionale siano percepite come naturali, malgrado le sofferenze da esse inflitte; quest'approccio, infatti, affonda le sue radici nella filosofia greca e nella tradizione giudeo-cristiana.

Il Genesi, in ciò, è particolarmente icastico: dopo gli animali, il Signore creò l'uomo a sua immagine e somiglianza, conferendogli la signoria sul resto del cosmo. E, beneducendo Adamo ed Eva, Dio disse loro *«crescete e moltiplicate e riempite la terra, e rendetevela soggetta, e dominate sui pesci del mare e sugli uccelli del cielo e sopra ogni animale che si muove sulla terra³⁰»*. Prendendo invece in considerazione il Nuovo Testamento, anche nell'episodio dell'esorcismo dell'indemoniato gadareno³¹ appare evidente come la vita animale sia meno degna di tutela rispetto a quella umana, poiché Gesù, cacciati i demoni dal corpo del geraseno, permise loro d'insediarsi in alcuni maiali che stavano pascolando nei pressi, cosicché *«gli spiriti immondi uscirono ed entrarono nei porci e il branco si precipitò dal*

²⁶ Mozione 1/00239.

²⁷ Mozione 1-00397. Successivamente, la mozione impegna il Governo altresì *«ad adottare misure volte a disincentivare negli spettacoli pubblici, in particolare quelli circensi, l'utilizzo di animali, qualora questi ultimi siano costretti ad attività contrarie alla propria natura, in totale negazione alle proprie caratteristiche etologiche»*.

²⁸ Ordine del giorno 9/1-00239/2.

²⁹ Ad onor del vero, vi sarebbe un disegno di legge, il 2122 del 2009, portante nuove norme, volte a regolare in maniera sistematica il tema di cui si tratta, ma di esso non è ancora nemmeno iniziato l'esame in Commissione.

³⁰ Genesi 1:24-28.

³¹ Descritto, adoperando indistintamente l'etnonimo "gadareno" e "geraseno", in Marco 5:1-20, in Matteo 8:28-34 ed in Luca 8:26-39.

*burrone nel mare; erano circa duemila e affogarono uno dopo l'altro nel mare*³²».

Nella filosofia greca, poi, Platone riteneva che solo certi uomini possedessero anime imperiture e che negli schiavi, nei bambini e negli animali non risiedesse che un'anima mortale³³. E nonostante la sensibilità di Pitagora, ch'era vegetariano ed avocava un comportamento benevolo verso gli animali³⁴, fu invece la concezione aristotelica della superiorità dell'uomo e della mancanza di doveri verso le bestie a prevalere nella Grecia antica e nel resto del mondo occidentale.³⁵ Infatti, la visione aristotelica del mondo collocava l'uomo alla sommità della gerarchia, destinato ad essere servito dal resto delle creature inferiori, incapaci, secondo il filosofo, di ragione ed emozioni³⁶.

Le opinioni di Platone e di Aristotele furono riprese dal Cristianesimo, che pose l'uomo al centro dell'universo, riservando a lui solo il dono d'un'anima eterna. E, sebbene questa religione abbia, attraverso i suoi precetti, favorito la nascita di un *milieu* culturale favorevole affinché potessero avere luogo varie riforme che avrebbero condotto ad una società maggiormente benevola, gli animali non furono presi in considerazione. Sant'Agostino, per esempio, sosteneva che questi ultimi erano esseri irrazionali, che non avrebbero potuto costituire oggetto di valutazioni morali³⁷; e, avendo ristretto la proibizione d'uccidere del Decalogo solo a coloro che avessero avuto la facoltà di ragionare, il Santo dichiarò che gli animali non potevano essere tutelati dal quinto comandamento. San Tommaso d'Aquino, invece, non contemplava gli animali nel suo schema etico, se non per riconoscere che colui che fosse stato compassionevole nei loro confronti era, probabilmente, più facile alla pietà verso i suoi simili. Ed anche costui riteneva che solo gli uomini, e non gli animali, possedessero un'anima capace di sopravvivere alla morte³⁸.

Pure la compassione mostrata da San Francesco d'Assisi, peraltro,

³² Marco 5:13.

³³ WISE, *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals*, New York, 2000, 12.

³⁴ Come riporta Diana Cerini, «[l]a posizione pitagorica si legava alla convinzione di una pantacondizione, da parte di esseri umani e non umani, all'Anima del Mondo» (CERINI, *op. cit.*, 10). Parimenti, per Anassagora, sia l'anima dell'uomo che quella dell'animale condividevano un'origine divina (CERINI, *op. cit.*, 11).

³⁵ SINGER, *Animal Liberation*, 2002, New York, 195 ss.

³⁶ WISE, *op. cit.*, 14.

³⁷ WISE, *op. cit.*, 18-19.

³⁸ SINGER, *op. cit.*, 202-203 e HALLIGAN, *The Environmental Policy of Saint Thomas Aquinas*, in *Environmental Law*, vol. 19, 1989, 780-781.

assomigliava maggiormente a quella d'un conservazionista che non a quella d'una persona genuinamente convinta del valore intrinseco della vita d'un animale³⁹.

Così, ancora oggi, nel Catechismo della Chiesa Cattolica i paragrafi da 2415 a 2418, concernenti il dovere del fedele di rispettare l'integrità della creazione, confermano la posizione subalterna degli animali nei confronti dell'uomo⁴⁰ e reputano moralmente lecito lo sfruttamento dei primi per il bene del secondo⁴¹ – persino le sperimentazioni mediche e scientifiche sono fatte salve, purché *«rimang[ano] entro limiti ragionevoli e contribuisca[no] a curare o salvare vite umane»*⁴². L'unica concessione presente è contenuta nel paragrafo 2418, che indica come *«contrario alla dignità umana [il] far soffrire inutilmente gli animali e [il] disporre indiscriminatamente della loro vita»*. Tuttavia, il riferimento riguarda esclusivamente la dignità umana: quella animale non è mai presa in considerazione.

Nemmeno l'affermazione dell'Umanesimo, accompagnata dall'evoluzione del pensiero scientifico, condusse ad un miglioramento della condizione animale; infatti, i pensatori, esaltando le qualità dell'uomo ed il suo intelletto, perpetuarono l'idea che esso fosse un essere speciale, superiore rispetto a tutti gli altri. Cartesio stabilì, per esempio, il precedente per cui gli animali non erano che automi privi di anima e coscienza. E, nel corso del XVII secolo, si andò anche diffondendo in Europa il fenomeno della vivisezione, giustificato dai molti scienziati che si definivano “cartesiani” proprio mediante il ricorso alla teoria del filosofo secondo cui un animale era simile ad un'entità meccanica⁴³.

Nel corso del XIX secolo, poi, Darwin scoperse la relazione di stretta parentela fra l'uomo e gli altri animali: le sue teorie non solo falsificarono l'idea che il primo fosse unico nella creazione, bensì chiarirono anche come

³⁹ SINGER, *op. cit.*, 204-205.

⁴⁰ Il paragrafo 2418 esplicitamente spiega come *«[sia] pure indegno dell'uomo spendere per gli animali somme che andrebbero destinate, prioritariamente, a sollevare la miseria degli uomini»*. E soggiunge che *«[s]i possono amare gli animali; ma non si devono far oggetto di quell'affetto che è dovuto soltanto alle persone»*.

⁴¹ Il canone 2415 chiarisce sin da subito che *«[g]li animali, come anche le piante e gli esseri inanimati, sono naturalmente destinati al bene comune dell'umanità passata, presente e futura»*. E ben più diretto è il successivo paragrafo 2417, dove s'asserisce che *«[è] dunque legittimo servirsi degli animali per provvedere al nutrimento o per confezionare indumenti [ed essi possono essere addomesticati, perché aiutino l'uomo nei suoi lavori e anche a ricrearsi negli svaghi]»*.

⁴² Paragrafo 2417.

⁴³ SINGER, *op. cit.*, 207 ss. e CERINI, *op. cit.*, 11 ss.

egli si fosse evoluto da altri animali⁴⁴. E, piú ancora, in tempi recenti, il progresso tecnologico applicato alle neuroscienze, ha permesso di dimostrare in maniera incontrovertibile, mediante l'uso della tomografia, come gli animali siano in grado di percepire dolore e di provare altresí «una gamma assai articolata di sentimenti e sensazioni⁴⁵», cosicché è possibile qualificarli come esseri senzienti, «ossia capaci di provare emozioni e sentimenti e di soffrire fisicamente e psicologicamente⁴⁶». Tuttavia, malgrado l'uso del metodo scientifico abbia permesso di revocare in dubbio le nozioni filosofico-religiose esistenti non vi è, finora, stato un sensibile cambiamento nella percezione e nello status giuridico degli animali. A riprova di ciò, si può notare come, ancora oggi, nell'Occidente moderno, siano molto diffuse sia pratiche d'allevamento intensivo sia forme di sperimentazione animale. E, malgrado gli sforzi degli attivisti, le tutele offerte dalla Legge continuano ad essere limitate.⁴⁷

Da questo rapido *excursus* emerge chiaramente come sia radicata, nella società occidentale, l'idea che lo sfruttamento degli animali sia moralmente lecito e non vi sia una tradizione filosofica ben sviluppata che abbracci il valore intrinseco della vita non-umana⁴⁸.

Ed è proprio contro questa concezione che debbono scontrarsi gli animalisti, perché, com'è ovvio, una società in cui sia concesso d'infliggere patimento, purché esso sia utile – e ciò, di conseguenza, sia proibito solo se superfluo –, non può dirsi rispettosa degli animali. E, in relazione a ciò, tre sono stati gli approcci adottati dai militanti.

Il primo assume il nome di animalismo, in Inglese *animal welfarism*; i sostenitori di questo movimento si impegnano affinché siano diminuiti quanto piú possibile i casi in cui sia possibile cagionar dolore agli animali. Il miglioramento delle condizioni di vita di questi ultimi sarebbe, perciò,

⁴⁴ WISE, *How Nonhuman Animals Were Trapped in a Nonexistent Universe*, in *Animal Law*, vol. 1, 1995, 41.

⁴⁵ CERINI, *op. cit.*, 14.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ CHANDOLA, *op. cit.*, 20.

⁴⁸ Sono presenti, è vero, eccezioni: Pitagora era vegetariano, così come Seneca e, con loro, Plutarco, che scrisse contro il maltrattamento degli animali. Piú avanti, anche Leonardo da Vinci, Voltaire, Georgio Bernardo Shaw e Leone Tolstoj furono vegetariani. E Bentham osservò che, considerando gli interessi degli animali, la questione non poteva essere se essi ragionassero, bensí se soffrissero; dello studioso inglese si può, inoltre, citare l'*Introduction to Morals and Legislation*, dove l'autore lamenta come gli animali, trascurati dai giuristi antichi, oggi si trovino degradati allo status di cose (CERINI, *op. cit.*, 35). Tuttavia, come detto, si tratta di opinioni che non hanno mai realmente intaccato la concezione filosofico-religiosa che considera gli animali inferiori.

raggiunto minimizzando la sofferenza superflua: il problema palese, qui, sta nel fatto che non vi sia una definizione univoca di “superfluità” e che, sulla base dell’interpretazione adottata, possano giustificarsi un numero indeterminato di attività⁴⁹.

Piú estrema è la posizione dei fautori dei diritti degli animali, in Inglese chiamati *animal rights advocates*, i quali auspicano non solo la diminuzione delle sofferenze causate dall’uomo, bensí direttamente l’abolizione di tutte le forme di sfruttamento istituzionale. Per ottenere ciò, è tuttavia necessario modificare lo status degli animali loro conferendo personalità giuridica, poiché, essendo attualmente considerati meri oggetti del diritto, è permesso alla società di farne uso come mezzi verso un fine⁵⁰.

Una posizione ibrida fra quelle appena descritte è quella adottata dai cosiddetti neoanimalisti, in Inglese *new welfarists*, i quali perseguono riforme animaliste – ovvero, la graduale riduzione dei patimenti superflui –, nell’ottica di giungere gradualmente all’eliminazione di tutte le forme di sfruttamento istituzionale⁵¹.

Vi sono tensioni e forti critiche vicendevoli fra i sostenitori delle due visioni piú recenti qui citate; i neoanimalisti ritengono che l’approccio dei fautori dei diritti degli animali sia utopico e manicheo e che, nel lungo periodo, non otterrà alcun risultato perché la società è ancora troppo dipendente dagli animali, per accettarne la fine dello sfruttamento istituzionale. I secondi, invece, ritengono il neoanimalismo una teoria fallace, perché, sostengono, «*combattere per migliori condizioni di vita per gli animali senza revocare in dubbio il loro status di beni equivale al chiedere catene meno gravose per gli schiavi*»⁵² ed aggiungono che anche gruppi ben affermati che seguono questa ideologia, come il PETA, hanno fallito nei loro obiettivi.

Tuttavia, indipendentemente dalle differenze che affliggono il movimento animalista, se davvero si vogliono migliorare le condizioni di vita degli animali, appare evidente come sia necessaria, prima di tutto, un’operazione culturale che miri a radicare nella società una nuova concezione dell’animale, una posizione che ne riconosca la capacità di soffrire e ne

⁴⁹ VERCHICK, *New Species of Rights. A Review Essay*, in *California Law Review*, vol. 89, 2001, 210 ss.

⁵⁰ VERCHICK, *op. cit.*, 213 ss.

⁵¹ FRANCIONE, *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*, Philadelphia, 141 ss.

⁵² CHANDOLA, *op. cit.*, 16. Per una puntuale critica del movimento animalista, si rimanda a FOX, *On the Necessary Suffering of Nonhuman Animals*, in *Animal Law*, vol. 3, 1997, 25 ss.

protegga la vita ed il benessere stimandoli valori intrinsecamente meritevoli di tutela.

Un tentativo di ciò, per esempio, è stato rappresentato dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'animale* dell'UNESCO, sottoscritta a Parigi il 15 ottobre 1975 ed ispirata al principio del rispetto nei confronti di tutte le specie viventi. In questo, il preambolo è particolarmente esplicito, riconoscendo «*che ogni animale ha dei diritti*»; nei successivi articoli, poi, tali diritti sono enucleati. Particolarmente importanti sono il diritto alla vita⁵³, all'assenza di sofferenza ed al benessere fisico e psichico⁵⁴. Ciononostante, la Dichiarazione continua a contemplare come permissibili talune forme di sfruttamento istuzionale degli animali, come, per esempio, lo sfruttamento come forza lavoro e l'allevamento e l'uccisione a fini di alimentazione umana⁵⁵. Tuttavia, la Dichiarazione ebbe scarsissima rilevanza, sotto il profilo pratico, perché non fu successivamente trasfusa in alcuno strumento internazionale vincolante⁵⁶.

3. L'animale in Oriente

Come appena esaminato, manca all'interno della tradizione Occidentale una visione che riconosca alla vita animale la stessa dignità di quella umana e questo ha ostacolato i tentativi di ottenere un miglioramento delle loro condizioni di vita. In talune filosofie orientali, invece, una simile percezione è presente, soprattutto se si guarda al subcontinente indiano. È in questa zona, infatti, che storicamente si sono sviluppati l'Induismo, il Giainismo ed il Buddismo, dottrine che assegnano grande valore alla pratica della non-violenza, ovverosia l'*ahimsā*, già citata di passata nell'introduzione.

Brevemente, l'Induismo è una filosofia che comincia a svilupparsi nel corso del II millennio a.C., quando nel subcontinente indiano giunse la popolazione ariana. La sintesi del loro sistema di pensiero con le pratiche dei popoli che già occupavano l'area contribuì a generare quell'insieme di concetti e di nozioni che sono oggi conosciuti, appunto, sotto il nome di Induismo⁵⁷. Col tempo, i suoi precetti fondamentali furono consolidati in

⁵³ L'articolo 11, sotto questo profilo, è lapidario: ogni atto che, senza necessità, cagioni la morte di un animale è definito come *biocidio*, ossia un crimine contro la vita.

⁵⁴ CERINI, *op. cit.*, 21 ss.

⁵⁵ A tal fine, si vedano gli artt. 7 e 9.

⁵⁶ CERINI, *op. cit.*, 38.

⁵⁷ Per un approfondimento sull'affascinante tema, si rimanda al lemma "Induismo"

quattro testi sacri, chiamati Veda, ritenuti «*rivelazioni divine dall'autorità religiosa indiscutibile*⁵⁸», cui furono affiancati «*i relativi testi liturgici (Brāhmaṇa) e i trattati filosofici (Aranyaka e Upaniṣad)*» e, successivamente, altri testi contenenti le prescrizioni per il fedele che volesse esser virtuoso, conosciute sotto il nome di *dharma* e racchiuse in *dharmasūtra* e *dharmasāstra*⁵⁹.

Il concetto della non-violenza compare frequentemente in queste opere; *ex multis*, si possono citare lo *Yajurveda* – dove esso appare per la prima volta in due motti molto pregnanti: il primo auspica che tutti gli esseri viventi possano guardarsi vicendevolmente cogli occhi d'un amico⁶⁰ ed il secondo vieta di ferire qualsiasi creatura, che viva sulla terra, nell'aria o nell'acqua⁶¹ –, la *Chāndogyopaniṣad*⁶² – all'interno della quale, nuovamente, si proibisce la violenza contro “tutte le creature”, aggiungendo che chi si conformi alla pratica dell'*ahiṃsā* potrà liberarsi dal ciclo della reincarnazione – e, infine, la *Manusmṛti*, uno dei principali *dharmasāstra* – in cui si riconosce che «*in nessun modo si può avere carne senza far del male a esseri viventi, e uccidere un essere vivente non porta in cielo: per questo bisogna evitare la carne*⁶³».

Parimenti, il Buddismo insegna che tutte le creature sono eguali nel desiderio di evitare la sofferenza e che le differenze fra uomini ed animali non sono importanti; al *bodhisattva* – colui che ambisce a raggiungere l'illuminazione – si insegna, in primo luogo, che il più elementare dovere è quello di agire col massimo rispetto per la vita, la dignità e i desideri di tutti gli esseri animati. Inoltre, si caldeggia anche l'astensione dal consumo di carne e non è, anzi, inusuale che un *bodhisattva* sacrifichi la propria vita per quella di un animale: un racconto, frequentemente citato, narra di un *bodhisattva* che si offrì per nutrire una tigre esausta ed affamata che aveva appena figliato⁶⁴.

nell'Enciclopedia Treccani, rinvenibile all'indirizzo
<http://www.treccani.it/enciclopedia/induismo/>

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ ANNOUSSAMY, *Le droit indien en marche*, Parigi, 2001, 27 ss.

⁶⁰ Nella traduzione inglese, così è reso: «*[m]ay all beings look at me with a friendly eye. May I do likewise, and may we all look on each other with the eyes of a friend*» (*Yajurveda* 36:18).

⁶¹ Nella versione inglese, quest'ordine viene così presentato: «*[d]o not injure the beings living on the earth, in the air and in the water*» (menzionato in SUBRAMANIASWAMI, *Loving Ganeśa: Hinduism's Endearing Elephant-faced God*, Delhi, 1998, 436).

⁶² *Chāndogyopaniṣad* 8.15.1.

⁶³ *Manusmṛti* 5.48.

⁶⁴ GOODKIN, *The Evolution of Animal Rights*, in *Columbia Human Rights Law Review*,

Ma è forse il Giainismo che adotta le posizioni più estreme; questa filosofia estende l'*ahimsā* a tutte le forme di vita, includendo fra i beneficiari della pratica della non-violenza anche le piante, mirando, nei limiti del possibile, a non causar loro danno⁶⁵. In una corrente del Giainismo, definita *śvetāmbara* (ovverosia, “vestiti di bianco”), i monaci e le monache indossano un fazzoletto sopra alla bocca, spazzano il cammino che debbono percorrere e filtrano l’acqua da bere, per evitare di nuocere a qualsiasi animale, non importa quanto piccolo. I laici, invece, seguono i precetti dell'*ahimsā*, ma in maniera meno pervasiva⁶⁶. Ancor più rigorosa è la corrente definita *digambara* (ovverosia, “vestiti di cielo”), i cui asceti rifiutano il concetto di proprietà e non indossano alcun abito⁶⁷. Indipendentemente dalla setta di appartenenza, tuttavia, tutti i Giainisti sono vegetariani. E, malgrado il loro numero esiguo, a un dipresso quattro milioni in tutto il mondo alla fine del XX secolo, le loro convinzioni così radicate in tema di *ahimsā* e di vegetarianismo hanno avuto un profondo impatto sulla società indiana, grandemente influenzando, per esempio, il pensiero di Gandhi⁶⁸.

E, in generale, questa condivisione di valori ha profondamente influenzato la cultura dell’India, sicché, sin da tempi remoti, queste esortazioni sono state generalmente seguite dai consociati. E taluni sovrani, a dirittura, promulgarono norme a tutela degli animali secoli prima rispetto all’Occidente.

Il più celebre fra questi monarchi fu probabilmente Aśoka, che regnò nel corso del III secolo a.C.; costui, discendente dalla dinastia Maurya, era conosciuto come un signore aggressivo e brutale che, combattendo, giunse a conquistare la gran parte del subcontinente indiano. Secondo la leggenda buddista, a séguito di una battaglia particolarmente sanguinosa, camminando fra i cadaveri dei soldati, sentì il peso delle sue colpe; si convertì, quindi, al Buddismo ed abbracciò la pratica dell'*ahimsā*, divenendo un re illuminato e tollerante⁶⁹. Assunse, quindi, il nome di *Piyadasi*, ovverosia “il pietoso” in lingua *pāli*, e fece collocare numerosi pilastri in ogni parte del suo impero, contenenti «*editi intorno alla vita civile e religiosa dei sudditi*], in cui si dettavano] principi di tolleranza nei confronti di tutte le religioni e [si

vol. 18, 1986-1987, 283

⁶⁵ http://www.treccani.it/enciclopedia/jainismo_%28Enciclopedia-Italiana%29/

⁶⁶ ELLWOOD (a cura di), *The Encyclopaedia of World Religions*, New York, 2009, 229.

⁶⁷ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/163129/Digambara>

⁶⁸ ELLWOOD, *op. cit.*, 229.

⁶⁹ http://www.treccani.it/enciclopedia/ashoka_%28Dizionario-di-Storia%29/

raccomandava] il rispetto per tutti gli esseri viventi⁷⁰».

In uno di questi editti, Aśoka dispose che fosse scritto «*la sua sacra maestà Aśoka desidera che tutti gli esseri viventi abbiano sicurezza della propria esistenza, per cui gli uomini debbono esercitare il proprio autocontrollo e non prendere con la forza ciò che è posseduto da altri. Tutti debbono godere della pace dello spirito in virtù della coesistenza e non della mutua interferenza e recriminazione⁷¹».* Malgrado egli non bandì mai completamente l'uccisione degli animali, non solo rinunziò alla caccia, ma incoraggiò il vegetarianismo, raccomandò il trattamento compassionevole di tutti gli esseri viventi e bandì il macello di taluni animali⁷². E, dalle parole del suo quinto editto, emerge come sia stato il primo a istituire cliniche veterinarie ed a fondare rifugî.

Ma non fu certo il solo: Harsha Vardhana, un altro monarca buddista, che governò un vasto territorio nel nord dell'India dal 606 al 647 d.C.⁷³, rese obbligatorio il vegetarianismo, proibendo, pare, il macello di animali⁷⁴. Così come i due sovrani indù del Kashmir, Gopaditya e Meghavahana, che, intorno alla metà del I millennio d.C., disapprovarono l'uccisione di qualsivoglia essere vivente, quindi anche degli animali. E, infine, si ritiene comunemente che Kumarapala, che regnò sul Gujarat nel corso del XII secolo, ispirato dai principî gianisti, proibì l'uccisione degli animali e creò dei tribunali speciali per reprimerne i maltrattamenti⁷⁵.

E, in tempi piú recenti, la filosofia gandhiana ha ripreso queste idee e le ha rielaborate all'interno della dottrina del *satyagraha*, ovvero «*la teoria etico-politica elaborata dal Mahatma⁷⁶».* Come già detto, «*l'espressione è tradotta di solito come "resistenza passiva", ma il suo significato letterale è "insistenza per la verità"⁷⁷».*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Citato da Subedi, in traduzione inglese, come: «*His sacred Majesty Aśoka desires that all living beings should have security of existence for which men should exercise self-control and not to take by force what others possess. All should enjoy peace of mind by co-existence and not by mutual interference and recrimination*». (SUBEDI, *Are the Principles of Human Right "Western" Ideas? An Analysis of the Claim of the Asian Concept of Human Rights from the Perspective of Hinduism*, in *California Western International Law Journal*, vol. 30, 1999-2000, 59).

⁷² THAPAR, *Aśoka and the Decline of the Mauryas*, Delhi, 1997, 70.

⁷³ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/256065/Harsha>

⁷⁴ LODRICK, *Sacred Cows, Sacred Places: Origins and Survival of Animal Homes in India*, Berkeley, 1981, 62.

⁷⁵ LODRICK, *op. cit.*, 63.

⁷⁶ <http://www.treccani.it/enciclopedia/satyagraha/>

⁷⁷ *Ibid.*

Il *satyagrahi* aderisce ad undici precetti, fra cui la non-violenza e la continenza nel mangiare e nel bere; quest'ultimo requisito impone sia la sottoposizione a periodici digiuni sia il rifiuto di consumare carne. Quanto, invece, alla non-violenza, malgrado le proprie idee radicali, Gandhi non avocava una proibizione assoluta dell'uso della forza, bensì egli tracciava il discrimine al livello della necessità; in altre parole, la brutalità superflua era da evitare. Sicché, per il *Mahātmā*, talvolta l'uso della forza fisica era lecito, come nel caso di quegli animali che si fossero rivelati dannosi per le messi, la cui uccisione era permessa. In ciò, in effetti, Gandhi si poneva in contrasto còlla dottrina giainista, per cui persino la distruzione degli insetti per proteggere i raccolti era peccaminosa⁷⁸. Egli, invece, scriveva «*se io desidero essere un agricoltore e vivere nella giungla, dovrò adoprare la quantità minima di violenza necessaria per proteggere i miei campi. Dovrò uccidere scimmie, uccelli ed insetti, che consumano i miei raccolti. [...] Permettere che le messi vadano distrutte dagli animali nel nome dell'ahimsa quando il paese sia afflitto da una carestia è di certo un peccato. Bene e male sono termini relativi*⁷⁹».

In conclusione, emerge come il rispetto verso tutte le forme di vita non sia mai stato legato esclusivamente al volere di certuni sovrani, bensì sia sempre stato frutto di un'opinione sociale ben radicata e condivisa; ancora oggi, oltre alla pratica dell'astensione dall'uccisione di animali, molti Indiani, soprattutto Gianisti, esprimono la loro compassione verso ogni essere vivente costruendo rifugî per loro; questi si chiamano *pinjrapole* – il primo dei quali, come già menzionato, fu voluto da Aśoka – e, oggi, sono gestiti da singoli individui, da fondazioni, da organizzazioni religiose nonché da *charitable trusts*.

4. Critiche al sistema indiano

Nonostante la particolare sollecitudine verso ogni creatura che informa una gran parte della cultura locale, in India son purtuttavia presenti serie

⁷⁸ MURRAY, *A Jurisprudence of Nonviolence*, in *Connecticut Public Interest Law Journal*, vol. 9, 2009-2010, 70-71.

⁷⁹ Ossia, nella sua versione originale, «*if I wish to be an agriculturist and stay in the jungle, I will have to minimum unavoidable violence in order to protect my fields. I will have to kill monkeys, birds and insects which eat up my crops. [...] To allow crops to be eaten up by animals in the name of ahimsa while there is a famine in the land is certainly a sin. Evil and good are relative terms*». (GANDHI, *Religion v. No Religion*, Harijan, 9 giugno 1946).

incongruenze. Da un lato, infatti, è pur vero che essa può vantare il primato di Paese col maggior numero di vegetariani nel mondo; però, dall'altro, vi sono ancora presenti forme di sfruttamento istituzionale che, talora, rivaleggiano con quando accade in Occidente.

Le ragioni per cui l'ideale filosofico-religioso della non-violenza non abbia avuto un maggiore impatto sulle scelte del legislatore in tema di tutela degli animali sono varie.

Un primo fattore è rappresentato dal fatto che, malgrado la diffusione del valore dell'*ahimsā*, vi erano all'interno dell'Induismo stesso delle credenze e delle pratiche contrastanti, che, talvolta, legittimavano o, a dirittura, richiedevano l'uccisione di animali; per esempio, sono ancora celebrati riti vedici che richiedono un sacrificio. E lo stesso Buddismo successivamente sviluppò delle giustificazioni per il consumo della carne⁸⁰. Solo il Giainismo ha persistito, con risolutezza, nel condannare l'uccisione di un essere vivente in ogni circostanza.

Inoltre, all'interno del pensiero induista, vi è un'ambivalenza di fondo. Da un lato, infatti, vi si ritiene che tutte le forme di vita abbiano un'anima e siano degne di considerazione etica (sicché, in favore di tutti dev'essere praticata la non-violenza); dall'altro, però, gli animali sono percepiti come inferiori rispetto all'uomo, essendo frequentemente ripetuto nei varî testi sacri che una persona che abbia accumulato un *karman* negativo si reincarnerà in un animale. Allo stesso modo, inoltre, nel Buddismo tutte le creature sono considerate compagni di viaggio nel *samsāra*⁸¹, dal che consegue la necessità di esercitare compassione nei confronti di ogni essere vivente; tuttavia, la rinascita in un animale è considerata il segno di una condotta non virtuosa nella vita precedente, essendo il mondo umano superiore a quello animale⁸².

Successivamente, l'invasione musulmana e il susseguente dominio coloniale britannico hanno introdotto nuove idee filosofiche, che hanno di certo arricchito la cultura indiana, ma che hanno anche diluito le locali credenze relative alla santità di tutti gli esseri viventi. L'Islam, per esempio, condivideva con le altre religioni monoteistiche una visione antropocentrica

⁸⁰ CHANDOLA, *op. cit.*, 26.

⁸¹ Si tratta di un «[c]oncetto chiave delle religioni e filosofie indiane, designa il ciclo delle rinascite opposto all'uscita da questo (mokṣa o nirvāṇa)». (http://www.treccani.it/enciclopedia/samsara_%28Dizionario-di-filosofia%29/).

⁸² http://www.paulwaldau.com/uploads/1/1/9/6/1196393/00_text_animals_encyclopedia_of_religion_2005.pdf (bozza del lemma "Animals" redatta da Paul Waldau e successivamente pubblicata in JONES (a cura di), *Encyclopedia of Religion, 2nd Edition*, New York, 2005).

del mondo e, malgrado molti imperatori musulmani abbiano permesso agli Indú di rispettare le proprie tradizioni, essi non modificarono mai il proprio approccio verso l'animale.

Parimenti, gli Inglesi non solo consumavano carne, ma consideravano anche la caccia come un passatempo e per taluni Indiani, che percepivano la cultura inglese come superiore alla propria, la tentazione di adottare i costumi dei colonizzatori, fra cui l'abbandono del vegetarianismo, era molto forte. Così, per coloro che si convertivano al Cristianesimo, la scelta di mangiare carne era vista come uno degli indici esterni dell'effettivo abbandono della loro religione originaria.

E, infine, anche oggi, con l'americanizzazione del Paese e la diffusione di catene commerciali quali McDonald's, la percezione del valore della vita animale è andata ulteriormente affievolendosi, senza contare che, talvolta, gli stessi gruppi che avocano a favore di norme più stringenti contro i maltrattamenti sono visti come una minaccia alla laicità dello Stato, in conseguenza dell'origine religiosa dei loro convincimenti; e nemmeno coloro che hanno tentato un approccio maggiormente secolare nei confronti del problema hanno finora avuto particolare successo⁸³.

Eppure, nonostante la presenza di forme di sfruttamento istituzionale⁸⁴, sotto certi aspetti le norme che tutelano gli animali in India sono più avanzate di quelle presenti in Occidente. Per esempio, in conseguenza del *Wildlife Protection Act*, 1972, è stata proibita la caccia agli animali selvatici, ad eccezione di alcune specie considerate parassitarie, come i ratti, i topi ed i corvi. Fuori di questi casi, la venagione è permessa in via d'eccezione e

⁸³ CHANDOLA, *op. cit.*, 27.

⁸⁴ Accanto agli articoli 428 e 429 del Codice Penale, che prevedono e puniscono l'uccisione ed il danneggiamento di taluni animali e solo in quanto beni di proprietà altrui, il *Prevention of Cruelty to Animals Act*, 1960, contiene norme volte alla repressione degli atti di maltrattamento *per se*. L'articolo 11 di tale legge proibisce, per esempio, il calciare ed il percuotere un animale, nonché il torturare ed il causare sofferenze superflue («*unnecessary pain or suffering*»), nonché l'adibizione degli animali a compiti per cui sono inadatti («*employs [...] for any purpose any animal which [...] is unfit to be so employed*»), dal che si deduce che, fuori di questi casi, sia gli atti che cagionino pena sia lo sfruttamento degli animali siano attività lecite. Inoltre, sono esplicitamente fatti salvi, ai sensi del terzo comma, lettera (e) dell'articolo 11, tutti gli atti finalizzati alla produzione di cibo per la popolazione, salvo che essi siano accompagnati dall'inflizione di dolore non necessario, nonché, ai sensi del successivo articolo 14, tutte le attività di sperimentazione scientifica («*nothing contained in this Act shall render unlawful the performance of experiments[...] on animals for the purpose of advancement by new discovery of physiological knowledge or of knowledge which will be useful for saving or for prolonging life or alleviating suffering or for combating any disease, whether of human beings, animals or plants*»).

dietro autorizzazione della Pubblica Amministrazione: secondo il tipo di animale, si richiede che la preda sia divenuta pericolosa per la vita umana, o sia afflitta da una ferita o malattia di tale gravità da escluderne ogni possibilità di guarigione (per le specie ricomprese nell'allegato I) o anche, alternativamente, che sia divenuta dannosa per la proprietà (per le altre specie). La Pubblica Amministrazione può altresì concedere il beneplacito alla caccia per fini di istruzione, di ricerca scientifica, di gestione scientifica – che la legge definisce come «*il trasferimento di fauna selvatica ad un habitat alternativo o la gestione della popolazione animale, senza[, però, la] possibilità di uccidere, avvelenare o distruggere capi di bestiame*» –, di raccolta di campioni per zoo, musei e simili istituzioni, nonché, infine, per la preparazione di antifidici.

Ed un interessante innovazione è stata introdotta dal quarantaduesimo emendamento alla Costituzione indiana, approvato con il *Constitution (Forty-second Amendment) Act*, 1976, che ha inserito, fra gli altri, l'articolo 51-A, in cui sono elencati i doveri fondamentali di tutti i cittadini indiani fra cui, appunto, l'obbligo «*di tutelare [...] la fauna selvatica, e di aver compassione per le creature viventi*⁸⁵». E questa previsione, insieme col precedente articolo 48-A della Costituzione, che impegna anche lo Stato a tutelare gli animali selvatici, è stata recentemente invocata dall'Alta Corte del Kerala per dirimere una controversia.

Il caso⁸⁶ era semplice: il Governo federale aveva emanato un atto amministrativo con cui si proibiva l'esibizione e l'addestramento di taluni animali all'interno dei circhi; gli attori avevano impugnato il detto provvedimento, asserendo che esso violava l'articolo 19(g) della Costituzione, che costituzionalizza il diritto di poter praticare la professione liberamente scelta. L'Alta Corte non accolse l'argomentazione, asserendo che, all'interno dei circhi, gli animali sono costretti ad eseguire innaturali acrobazie, essendo alloggiati in strette gabbie, nonché sottoposti a maltrattamenti e ad una vita indecorosa, il che viola i valori accolti dalla Costituzione. Inoltre, la corte sostenne che gli animali «*sono esseri viventi aventi diritto ad una esistenza dignitosa ed a trattamenti umani senza crudeltà e torture*», aggiungendo che «*tutti gli animali, eccetto i meno sviluppati, esibiscono un certo grado di intelligenza*» e riconobbero che «*molti considerano la vita di umani ed animali come altrettanto degna di*

⁸⁵ L'articolo 51-A(g) statuisce «*it shall be the duty of every citizen of India [...] to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures*».

⁸⁶ *N.R. Nair and Ors. v. Union Of India and Ors.*, AIR 2000 Ker 340.

valore e che gli interessi dei secondi dovrebbero contare altrettanto», concludendo che, «pertanto, non è solo nostro dovere fondamento il mostrare compassione nei loro confronti, bensì anche il riconoscere ed il proteggere i loro diritti⁸⁷».

Senza possibilità di fraintendimento, poi, la corte concluse la sentenza scrivendo che «il riconoscimento di diritti non dovrebbe essere limitato agli esseri umani, bensì dovrebbe essere esteso a tutti gli animali, smantellando il muro giuridico che separa gli esseri umani da un lato e gli animali dall'altro. Mentre il diritto attualmente protegge gli animali selvatici dall'estinzione, agli animali non sono riconosciuti diritti, un anacronismo che deve cambiare⁸⁸».

La sentenza fu successivamente impugnata innanzi alla Corte Suprema⁸⁹, ma il ricorso fu respinto.

È opportuno, infine, aggiungere che l'articolo 51-A(g) deve essere letto tenendo a mente l'istituto tipicamente indiano della *public interest litigation*, vale a dire «[un']azion[e] intentat[a] nell'interesse pubblico, che, negli ultimi anni, ha assunto un'importanza tale nella dinamica complessiva della tutela dei diritti fondamentali da poter essere considerata una delle vie principali di innovazione nel sistema giuridico indiano⁹⁰». Questo particolare tipo di controversie si è diffuso grazie all'attivismo della Corte Suprema, che si è espressa in maniera estensiva sul tema della legittimazione attiva, rendendo possibile «il “representative standing”, vale a dire la legittimazione ad agire in giudizio di ONG o singoli individui non direttamente danneggiati, che possono rappresentare interessi collettivi e che dispongono della cultura e delle risorse necessarie⁹¹».

⁸⁷ Ossia, nella sua versione originale, «*though not homo sapiens, they are also beings entitled to dignified existences and humane treatment sans cruelty and torture. [...] All animals except the very lowest exhibit some degree of intelligent behaviour; ranging from learned responses to complex reasoning. Many believe that the lives of humans and animals are equally valuable and that their interests should count equally. [...] Therefore, it is not only our fundamental duty to show compassion to our animal friends, but also to recognise and protect their rights*».

⁸⁸ Ossia, «*in our considered opinion legal rights shall not be the exclusive preserve of the humans which has to be extended beyond people thereby dismantling the thick legal wall with humans all on one side and all non-human animals on the other side. While the law currently protects wild life and endangered species from extinction, animals are denied rights, an anachronism which must necessarily change*».

⁸⁹ N.R. Nair and Ors. v. Union of India and Ors., AIR 2001 SC 2337.

⁹⁰ FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea. Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Torino, 2010, 87.

⁹¹ FRANCAVILLA, *op. cit.*, 88. Sul tema delle *public interest litigations*, si veda anche

Sicché è data ai singoli individui ed alle varie associazioni animaliste la possibilità di agire in giudizio per chiedere il rispetto della dignità degli animali⁹².

5. Conclusioni

Riprendendo in estrema sintesi le considerazioni fin qui svolte, si può affermare che nel subcontinente indiano, a differenza di quanto accade in Occidente, è innegabile che l'animale in quanto tale sia ritenuto meritevole di tutela in base ad una stabile e radicata tradizione, malgrado le condizioni concrete degli animali in India si discostino, talora sensibilmente, da quanto predicato dalle varie filosofie nonviolente e dalla Costituzione medesima.

Ed è proprio l'assenza di un simile approccio culturale che gli animalisti occidentali dovrebbero, innanzitutto, affrontare.

Infatti, se il loro scopo è il porre termine a tutte le forme di sfruttamento istituzionale degli animali, essi dovranno necessariamente cominciare dal gettare le basi di un autonomo sostrato filosofico su cui far successivamente poggiare le riforme perseguite.

Difatti, giacché, come *supra* notato, «*il discrimine tra comportamenti leciti e condotte penalmente rilevanti è determinato dalla coscienza sociale che giustifica, sulla scorta del fine perseguito, determinate azioni*⁹³», è, in primo luogo, operando a livello di *Zeitgeist* che i fautori dei diritti degli animali possono iniziare a costruire una nuova etica in cui questi ultimi siano considerati soggetti del diritto, o, comunque, portatori di interessi giuridicamente tutelati.

Dopotutto, senza una salda tradizione di rispetto del valore intrinseco della vita d'un animale, il movimento per i loro diritti non potrà non incontrare seri ostacoli e gravi difficoltà sul proprio percorso.

Tale operazione è resa viepiù complessa dal fatto che il sistema di

PETTERUTTI, *Il sistema giudiziario indiano ed il controllo dei conti pubblici*, in AMIRANTE - DECARO - PFÖSTL (a cura di) *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Torino, 2013, 160.

⁹² *Ex multis*, si può citare, per esempio, il caso *Maneka Gandhi v. Union Territory of Delhi and Ors.*, ILR 1995 Delhi 49, riguardante le condizioni inumane ed ant igieniche che erano prevalenti in un macello di Delhi ed il caso *People for Animals Dehra Dun, Dehradun and Ors. v. State of Uttarakhand and Ors.* deciso dall'Alta Corte dell'Uttarakhand in data 19.11.2011 e riguardante la possibilità di uccidere animali non già per produrre cibo bensì per celebrare taluni riti religiosi che comprendono forme di sacrificio.

⁹³ RONCO - ARDIZZONE, *op. cit.*, 2193-2194.

protezione occidentale si fonda sul concetto di diritto soggettivo (estraneo alla tradizione indù che si basa, invece, sul concetto di dovere, rappresentato dal *dharma*⁹⁴), la cui estensione al mondo animale è ancora lontana dal sentire comune e dalle elaborazioni dei giuristi.⁹⁵

Ciò detto, tuttavia, neppure la radicata presenza di modelli di comportamento e norme sociali può garantire il raggiungimento degli obiettivi che gli animalisti si prefiggono, se essa non è, altresì, accompagnata da una certa stabilità culturale.

Il caso dell'India è, qui, esemplare: infatti, nonostante la presenza di diverse filosofie che predicano la nonviolenza anche in favore degli animali, divisioni interne ed influenze straniere hanno, col tempo, determinato un indebolimento del concetto di santità della vita animale.⁹⁶

Quindi, l'esperienza indiana, ancorché siano necessari taluni adattamenti legati alla diversità di *milieu*, rappresenta un plausibile modello di riferimento per gli animalisti occidentali, nel senso che, come da essa dimostrato, il fine di tutelare la vita dell'animale può essere raggiunto più facilmente, non tanto passando attraverso un modello giuridico quanto più attraverso il previo riconoscimento di un modello etico-religioso, all'interno del quale ogni vita sia considerata meritevole di tutela.⁹⁷

Ed è proprio questo che i fautori occidentali dei diritti degli animali dovrebbero fare: cercare di favorire lo sviluppo di un'etica in cui anche la vita animale abbia un valore intrinseco.⁹⁸

Una volta che tale obiettivo sia stato raggiunto, il diritto certamente seguirà.⁹⁹

⁹⁴ In tema di *dharma* si rimanda a FRANCAVILLA, *The Roots of Hindu Jurisprudence*, Torino, 2006, 35 e ss. e SEGHEISIO, *Hindu Code I. Legge, consuetudine, e tradizione nel diritto matrimoniale indù*, Tricase, 2016, 9 e ss.

⁹⁵ Si veda, GASPARI, *La dicotomia "persona - cosa" e gli animali*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 295ss.

⁹⁶ CHANDOLA, *op. cit.*, 29.

⁹⁷ Un approccio di questo tipo, nel sistema indù tradizionale, appare del resto inevitabile, dal momento che, in tale ordinamento, il diritto è funzione dell'ordine cosmico che regge tutto il creato e da cui, oltre ad esso, traggono origine tutte le manifestazioni dell'esperienza umana e che può essere conosciuto solo attraverso lo studio di testi di natura filosofico religiosa, interpretati con l'ausilio di saggi. Il *dharma* infatti si presenta come l'insieme di norme che l'uomo deve seguire per mantenere tale ordine cosmico. Si veda, SEGHEISIO, *op. ult. cit.*, 10-11.

⁹⁸ MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 281 ss.

⁹⁹ RESCIGNO, *L'inserimento della dignità animale in costituzione: uno scenario di "fantadiritto"?*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 267 ss.

GIURISPRUDENZA

**INSEGNAMENTI UNIVERSITARI IN LINGUA STRANIERA E
PRINCIPI COSTITUZIONALI: LA DECISIONE DELLA CORTE
COSTITUZIONALE SUL CASO DEL POLITECNICO DI MILANO**

Nota a sentenza Corte costituzionale n. 42 del 21 febbraio 2017

Giammaria Milani

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università di Siena

Corte costituzionale, sentenza n. 42 del 21 febbraio 2017 - Presidente
GROSSI, Redattore MODUGNO

*Insegnamenti universitari in lingua straniera - Organizzazione delle
università - Politecnico di Milano - TAR della Lombardia - Consiglio di
Stato - Corte costituzionale - Ufficialità della lingua italiana - Diritto allo
studio - Libertà di insegnamento - Autonomia universitaria - Uguaglianza
sostanziale*

Con la sentenza n. 42 del 21 febbraio 2017 la Corte costituzionale ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato con riferimento all'art. 2, comma 2, lettera l) della legge n. 240/2010 relativa all'organizzazione delle università. La norma oggetto della questione prevede il «rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione (...) di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera».

La decisione si inserisce nell'annosa vicenda sorta a seguito della delibera del Politecnico di Milano che, tentando di dare attuazione alla norma impugnata, istituiva esclusivamente corsi di laurea magistrale e di dottorato in lingua inglese. In risposta alle deliberazioni che, in tal senso, erano state approvate dal Senato accademico e del Consiglio di Amministrazione dell'Ateneo milanese, un nutrito gruppo di docenti del Politecnico aveva in un primo momento presentato un appello al Rettore e agli organi di governo dell'Ateneo e in seguito promosso un ricorso al TAR della Lombardia, accolto dal giudice amministrativo con la sentenza n. 1348/2013. Secondo i ricorrenti, le decisioni del Politecnico avrebbero leso in maniera diretta alcuni principi costituzionali, *in primis* l'ufficialità della lingua italiana, la libertà di insegnamento e il diritto allo studio, nonché

norme di livello primario in materia di insegnamento universitario, come il regio decreto n. 1592/1933 e la legge n. 240/2010.

Innanzitutto, ha affermato il TAR, la delibera del Politecnico è in contrasto con «il principio di rilevanza costituzionale dell'ufficialità della lingua italiana». Pur riconoscendo che «le norme della Costituzione non contengono una diretta affermazione dell'ufficialità della lingua italiana», il Tribunale amministrativo ha nondimeno ricordato come tale principio sia ricavabile in maniera indiretta dallo stesso testo costituzionale (art. 6), così come da leggi costituzionali (gli Statuti speciali del Trentino Alto Adige e della Valle d'Aosta) e ordinarie (la legge n. 482/1999 di attuazione dell'art. 6 Cost.) e da sentenze della Corte costituzionale (nn. 28/1982 e 159/2009).

Le scelte del Politecnico mirate all'attivazione di corsi di laurea magistrale e di dottorato esclusivamente e interamente in lingua inglese, riconosce il TAR, «obbligano i docenti ad insegnare in lingua inglese e gli studenti ad apprendere in lingua inglese»; in tal modo sarebbero compromesse tanto la libertà di insegnamento, in quanto «il docente che esercita in una istituzione pubblica deve poter scegliere di trasmettere le conoscenze nella lingua italiana», quanto il diritto allo studio, dal momento che «simmetricamente, il discente deve essere posto in condizione di avvalersi della lingua italiana per la formazione praticata in una Università italiana».

Le motivazioni del TAR non si erano arrestate all'analisi del contrasto con il dettato costituzionale, basandosi anche sulla violazione di fonti di livello primario. I ricorrenti avevano prospettato una violazione sia dell'art. 271 del regio decreto n. 1592/1933, il quale prevede che «la lingua italiana è la lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari», che dell'art. 2, comma 2, lettera l) della legge n. 240/2010, che prevede l'obiettivo di rafforzare l'internazionalizzazione degli atenei «anche attraverso l'istituzione di corsi in lingua straniera» senza però consentire espressamente un totale e generale sacrificio degli insegnamenti in lingua italiana.

L'Avvocatura dello Stato aveva prospettato un'antinomia tra le due norme primarie, che però è stata rigettata dal TAR: se si ammettesse un conflitto tra le due norme, ciò «condurrebbe a porre in contrasto [la legge n. 240/2010] con il principio costituzionale del primato della lingua italiana». Il TAR individua dunque un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge n. 240/2010 e dell'obiettivo ivi stabilito dell'internazionalizzazione: essa «deve essere compiuta rispettando il primato della lingua italiana (...)». Il processo di internazionalizzazione è compatibile con l'ordinamento nella misura in cui non collochi la lingua italiana in posizione marginale rispetto

ad altre lingue, facendole assumere un ruolo subordinato nel contesto dell'insegnamento universitario».

Di opposto avviso è, su questi ultimi aspetti, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi a seguito del ricorso presentato dal Politecnico e dal Ministero dell'Istruzione contro la sentenza emessa dal TAR della Lombardia. Contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado, infatti, il Consiglio di Stato ritiene in primo luogo che la delibera dell'Ateneo milanese sarebbe conforme alla legge n. 240/2010 giacché, si legge nell'ordinanza n. 242/2015, «l'attivazione di corso in lingua inglese, nella lettera della norma, non è soggetta a limitazioni né a condizioni». Aggiunge, il Consiglio di Stato, che la natura incondizionata della norma di legge determina di fatto la tacita abrogazione dell'art. 271 del regio decreto n. 1592/1933, contrariamente a quanto sul punto aveva concluso il TAR. Così ricostruito il quadro normativo, sarebbe la stessa legge n. 240/2010 ad entrare in contrasto con la Costituzione, nella parte in cui consente l'attivazione generalizzata ed esclusiva di corsi in lingua straniera.

La Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha dichiarato l'infondatezza delle questioni sollevate, individuando a sua volta un'interpretazione della norma censurata conforme al dettato costituzionale; ancora una volta, la sentenza prende le mosse dal riconoscimento del principio dell'ufficialità della lingua italiana e del suo utilizzo nella scuola e nell'università, sviluppandosi poi attorno agli effetti di tale principio sulla libertà di insegnamento, sul diritto allo studio e sull'autonomia degli atenei.

Nel ribadire l'ufficialità della lingua italiana, già riconosciuta nella sua giurisprudenza precedente, la Corte sembra tuttavia porsi in posizione eccessivamente difensiva; la lingua italiana, baluardo a tutela dell'identità della Repubblica, potrebbe infatti essere minacciata, a leggere la motivazione della Corte, dal «plurilinguismo della società contemporanea, [dal]l'uso d'una specifica lingua in determinati ambiti del sapere umano, [dal]la diffusione a livello globale d'una o più lingue». In quest'ottica, la tutela della lingua italiana sembra essere uno strumento per *resistere*, e non per *partecipare* e *incidere* sulla «progressiva integrazione sovranazionale degli ordinamenti e l'erosione dei confini nazionali determinati dalla globalizzazione», eventi che, a giudizio della Corte, «possono insediare senz'altro» la primazia dell'italiano come vettore culturale e identitario.

Tale posizione non è priva di conseguenze su almeno due profili: l'autonomia universitaria e il principio di uguaglianza sostanziale.

La Corte, nell'individuare un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione oggetto del giudizio, non si limita ad affermare come sia da escludere che da tale disposizione sia ricavabile una norma che legittimi

l'attivazione di corsi di studio esclusivamente e interamente in inglese. Al contrario, il giudice si esprime nel dettaglio sulle modalità per perseguire l'obiettivo dell'internazionalizzazione, ammettendo sostanzialmente due vie costituzionalmente legittime: la previsione di corsi di studio tenuti sia in lingua italiana che in lingua straniera; l'attivazione di singoli insegnamenti esclusivamente in lingua straniera, sempre però garantendo il primato della lingua italiana.

Da questo punto di vista, la decisione del TAR sembrava riconoscere una maggiore tutela del principio dell'autonomia universitaria, disegnando in maniera assai più generica e quindi rispettosa della discrezionalità degli atenei una strada per l'internazionalizzazione che non si ponesse in contrasto con i rilevanti principi costituzionali. In tal senso, il giudice lombardo aveva affermato che «fermo restando il primato della lingua italiana, costituzionalmente imposto, si tratta di valorizzare nell'ottica dell'internazionalizzazione anche l'uso di lingue straniere, da affiancare alla lingua italiana, in modo da ampliare l'offerta formativa. Spetta all'Università selezionare gli insegnamenti che si prestano a tale processo, per la materia trattata, che di per sé presenta una vocazione internazionale, o in considerazione delle origini e dello sviluppo scientifico di una certa disciplina in una particolare lingua straniera. Insomma, l'uso della lingua straniera deve essere tale da affiancare, in particolari materie, quello della lingua italiana, nei limiti in cui sia necessario per favorire il processo di internazionalizzazione».

La stessa cautela non sembra invece caratterizzare la decisione della Corte costituzionale che, nel definire nel dettaglio la strada dell'internazionalizzazione, da una parte, in maniera condivisibile, evita di «predisporre una generale offerta formativa che contempri interi corsi di studio impartiti esclusivamente in una lingua diversa dall'italiano, anche in settori nei quali l'oggetto stesso dell'insegnamento lo richieda»; dall'altra parte, tuttavia, impedisce allo stesso tempo che per alcune discipline sia previsto un più ampio spazio per l'utilizzo della lingua straniera ove essa sia in grado di valorizzarne contenuti e metodi. Dovrebbero essere probabilmente gli atenei, nell'esercizio della loro autonomia costituzionalmente sancita, a trovare l'equilibrio tra queste diverse esigenze.

Un altro aspetto che è senz'altro meritevole di approfondimento è il rapporto che emerge, dalla lettura della sentenza, tra erogazione di corsi in inglese e uguaglianza sostanziale. La Corte costituzionale afferma che «l'esclusività della lingua straniera (...) imporrebbe, quale presupposto per l'accesso ai corsi, la conoscenza di una lingua diversa dall'italiano, così impedendo, in mancanza di adeguati supporti formativi, a coloro che, pur

capaci e meritevoli, non la conoscano affatto, di raggiungere “i gradi più alti degli studi”, se non al costo (...) di optare per altri corsi universitari o, addirittura, per altri atenei». In tal modo assume una posizione comprensibile, ma che probabilmente non è in grado di cogliere tutte le implicazioni e le possibili dimensioni di tale rapporto.

La didattica in lingua inglese, nel tentativo di implementare l’obiettivo dell’internazionalizzazione dell’università, ha alcune importanti ambizioni: l’attrazione di studenti e ricercatori provenienti da Paesi esteri, l’aumento degli scambi culturali e professionali e la preparazione di giovani laureati che possano inserirsi nel mercato globalizzato del lavoro sembrano essere in tal senso gli obiettivi più rilevanti. Pur non volendo sostenere che esiste una diretta correlazione tra l’attivazione di corsi in lingua straniera e il raggiungimento di tali risultati, si può comunque ritenere che un utilizzo equilibrato di tale strumento sia in grado di avere un buon impatto sulla qualità dell’offerta formativa universitaria e sulla capacità dell’università di rispondere all’esigenze e alle sfide poste dalla globalizzazione cercando al contempo di affermarsi come strumento per raggiungere l’uguaglianza sostanziale.

L’equilibrio individuato dalla Corte costituzionale, e in particolare la possibilità di istituire corsi in lingua straniera soltanto prevedendo un corrispettivo corso in italiano, sembra tuttavia essere eccessivamente oneroso per gli atenei e contrario alle esigenze di razionalizzazione dell’offerta formativa. Negli ultimi anni il settore dell’istruzione, non solo universitaria, ha conosciuto una sensibile riduzione delle risorse pubbliche che di per sé comporta severe difficoltà nel garantire il diritto allo studio costituzionalmente garantito. Questa situazione di fatto potrebbe rendere arduo, per le università pubbliche, perseguire l’obiettivo dell’internazionalizzazione mediante l’attivazione di corsi in lingua straniera, nel rispetto di quanto stabilito dalla Corte costituzionale. L’attivazione di corsi in lingua straniera potrebbe risultare al contrario più agevole per gli atenei non statali: non sfugge il fatto che rendere questi ultimi i protagonisti dell’internazionalizzazione dell’università italiana potrebbe effettivamente impedire ai capaci e meritevoli privi di mezzi di scegliere un ambiente universitario internazionale e di godere dei vantaggi che potrebbero derivare da questo tipo di formazione; risultato, questo, che finirebbe col comprimere quell’uguaglianza sostanziale che invece la Corte costituzionale ha tentato di garantire con la decisione in commento.

In conclusione, ciò che emerge dalla lettura della sentenza oggetto di questo commento è la difficoltà nell’individuare un equilibrio soddisfacente tra esigenze importanti ma a tratti poco conciliabili: l’internazionalizzazione

dell'università italiana; la garanzia del diritto allo studio, della libertà di insegnamento e dell'autonomia universitaria in un'ottica di uguaglianza sostanziale; la tutela e valorizzazione dell'identità linguistica e nazionale. La Corte ha lasciato prevalere in questo complesso bilanciamento una forte tutela del primato della lingua italiana; pur affermando come tale tutela sia «lungi dall'essere una formale difesa di un retaggio del passato, inidonea a cogliere i mutamenti della modernità», la sua posizione eccessivamente difensiva ha tuttavia condotto a una decisione che presenta probabilmente più di un profilo di anacronismo.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 14 - dicembre 2016

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805