

**LA RELEVANCIA DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO
INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO:
PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL***

*GIOVANNI GUIGLIA***

RESUMEN

El presente estudio examina las oportunidades y dificultades a las que se enfrenta la entrada en vigor en el ordenamiento italiano del Protocolo facultativo relativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PF-PIDESC), el 5 de mayo de 2013. En especial, estudia el indispensable compromiso de los jueces ordinarios y las técnicas interpretativas de las que pueden valerse a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, para hacer efectiva la tutela de los derechos reconocidos en este Pacto. Un ejemplo de los desafíos que se suscitan para la tutela de los derechos sociales en el actual marco de pluralismo jurídico y constitucional.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, tutela multinivel, pluralismo constitucional, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

* Traducción a cargo de Germán M. Teruel Lozano, doctor europeo en Derecho.

** Profesor Titular de Instituciones de Derecho público en la Universidad de Verona y Coordinador del Doctorado en Derecho constitucional italiano y europeo de esta Universidad.

ABSTRACT

The present essay examines the opportunities and difficulties facing the entry into force under the Italian legal system of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, May 3, 2013. In particular, it studies the essential commitment of judges and the interpretative techniques according to the Italian Constitutional Court's case law, so as to enforce the protection of the rights recognized in the present Covenant. An example of the challenges that arise for the protection of social rights in the current framework of constitutional and legal pluralism.

KEYWORDS: Social rights, multilevel protection of rights, constitutional pluralism, Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

SUMARIO:

I. *Introducción.*

II. *La relevancia del Protocolo facultativo en el ordenamiento italiano: el indispensable compromiso de los jueces ordinarios.*

III. *Las técnicas interpretativas de la Corte Constitucional y las sombras sobre la relevancia interna del Protocolo facultativo.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor del Protocolo facultativo relativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PF-PIDESC), el 5 de mayo de 2013¹, final-

¹ El PF-PIDESC de hecho ha entrado en vigor en el ordenamiento internacional con la consecución de la décima ratificación de un Estado Parte, de conformidad con su art. 18, § 1. Sobre los inicios del Protocolo, véanse los *incipit* de ALSTON, P., “No Right to Complain About Being Poor: The need for an optional protocol to the Economic Rights Covenant”, en EIDE, A., HELGESEN, J. (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years since the Four Freedoms Address. Essays in Honour of Torkel Opsahl*, Oslo, Norwegian University Press, 1991, pp. 79-100, y de NOWAK, M., “De la nécessité d’un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue de la Commission internationale de Juristes*, 1995, n. 55, pp. 171-184. Uno de los estudios que, reconstruyendo la genesis y los presupuestos, ha contribuido en mayor medida al debate científico sobre la elaboración del Protocolo, se debe a DE SCHUTTER, O., “Le protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels”, *CRIDHO Working Paper* [en línea], 2005/03, https://www.fidh.org/IMG/pdf/PIDESC_Protocole.pdf. Sobre los trabajos preparatorios, véanse, en particular, las contribuciones de DE ALBUQUERQUE, C., “Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 32, n. 1, 2010, pp. 144-178; MALINVERNI, G., “Le projet de protocole ad-

mente se ha colmado una evidente laguna en el sistema de protección ofrecido por las Naciones Unidas (ONU) en garantía de estos derechos y, además, se ha puesto fin al larguísimo período de tiempo en el que los derechos civiles y políticos se han beneficiado en el plano normativo internacional de una mayor tutela que la que se dispensaba a los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, es sabido que sólo el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) se dotó desde un principio de un órgano para la salvaguarda independiente —el Comité de Derechos Humanos de la ONU— que puede beneficiarse de un mecanismo de control basado, no sólo sobre informes de los Estados partes, sino también sobre comunicaciones individuales dirigidas al mismo, denunciando las violaciones de los derechos protegidos. Desde hace

ditionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels”, en BENOÎT-ROHMER, F., GREWE, C. (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs, Actes du colloque des 15 et 16 juin 2001*, Strasbourg, Presses universitaires, 2003, pp. 95 y ss.; SCHEININ, M., “The Proposed Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Blueprint for UN Human Rights Treaty Body Reform – Without Amending the Existing Treaties”, *Human Rights Law Review*, 2006, vol. 6, n. 1, pp. 131-142; VANDENBOGAERDE, A., VANDENHOLE, W., “The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process”, *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 10, n. 2, pp. 207-237. Entre los primeros análisis del Protocolo véanse, al menos, MAHON, C., “Progress at the Front: the Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Law Review*, 2008, vol. 8, n. 4, pp. 617-646; WILSON, B., “Quelques réflexions sur l’adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme (RTDH)*, 2009, n. 78, pp. 295-317. Un número monográfico de la revista *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* (2009, vol. 27, n. 1) ha sido dedicado al Protocolo, dirigido por LANGFORD, M., *Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. En este volumen, destaca el trabajo de LANGFORD, M., “Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, cit., pp. 1-28, <http://www.jus.uio.no/smr/forskning/njhr/utgaver/2009/1/langford.pdf>. Con notas comparadas de la experiencia sudáfricana, véase, también, LANGA, P., “Taking Dignity Seriously – Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR”, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, cit., pp. 29-38, <http://www.jus.uio.no/smr/forskning/njhr/utgaver/2009/1/langa.pdf>. Un ágil comentario se puede ver en COURTIS, C., “Commentary on the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Inter-American Institute of Human Rights/International Commission of Jurists* [en línea], ed. Inglés 2010, <http://www.icj.org/comentario-del-protocolo-facultativo-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-commentary-to-the-optional-protocol-on-economic-social-and-cultural-rights/>. Un reciente comentario ha sido escrito por BIGLINO, I., GOLAY, C., “The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights* [en línea], n. 2, 2013, <http://www.geneva-academy.ch/docs/publications/The%20optional%20protocol%20In%20brief%20.pdf>. Todavía más reciente ha sido el comentario dirigido por PORTER, B., ROSSI, J., BROWN, R. (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2014. En el ámbito de la literatura jurídica italiana señalaría el trabajo de GARGIULO, P., “Il protocollo facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali”, en VENTURINI, G., BARIATTI, S. (a cura di), *Liber Fausto Pocar, Diritti individuali e giustizia internazionale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 339-352, que reconstruye las etapas esenciales que han llevado a su adopción. El proyecto de Protocolo elaborado por el CESCR en su decimoquinta sesión (E/C.12/1996/SR. 44-49 y 54), y adjunto al doc. E/CN.4/1997/105 de 18 de diciembre de 1996; el proyecto elaborado por la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo de composición abierta, Catarina de Albuquerque, se encuentra por su parte en el doc. A/HRC/6/WG.4/2 del 23 aprile 2007. Los doc. A/HRC/6/8, de 30 de agosto de 2007, y A/HRC/8/7, de 6 de mayo de 2008, se dedican a los Informes del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre los trabajos preparatorios desarrollados, respectivamente, en la cuarta (16-27 de julio de 2007) y quinta sesión (4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril de 2008). Más documentación acerca de los trabajos preparatorios del Protocolo, se encuentra accesible en: http://www.ohchr.org/EN/Issues/ESCR/OEWG/Pages/OpenEnded_WGIndex.aspx.

tiempo, por tanto, se ha reconocido la clamorosa desigualdad entre los derechos en cuestión, contraria al espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 y a la propia Resolución que la adoptó², pero que surgió en el lejano 1952³, en un clima político, económico y social caracterizado por conocidas tensiones y divisiones a nivel internacional⁴, y sancionada formalmente en 1966⁵, cuando fueron adoptados los “dos Pactos”, dedicados respectivamente a los derechos llamados “de primera generación” y “de segunda generación”⁶.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), desconociendo el principio de indivisibilidad de los derechos humanos que había sido reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁷, se tuvo que es-

² Es consabido que la Declaración, con la cual se puso en marcha el gran diseño del *International Bill of Human Rights*, es el primer documento postbélico del cual emerge la indivisibilidad de los derechos humanos; la Resolución con la que fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 de forma no casual preveía la redacción de un único Pacto para la tutela de los derechos humanos (Cfr. la Resolución de la AG de la ONU 217 (III), letra E).

³ La idea de elaborar dos Pactos internacionales prevaleció al inicio de los años cincuenta del pasado siglo en el conocido como “Bloque occidental”, bajo la influencia determinante de los estados Unidos y del Reino Unido. Para un examen más profundo, véase: LAMARCHE, L., *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 60 y ss. La Asamblea general de la ONU decidió redactar dos Pactos distintos aprobando la Resolución 543 (VI) del 5 de febrero de 1952. Sobre estas cuestiones históricas, véanse: HAMBURGER, E., “Droits de l’Homme et relations internationales”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International (RCADI)*, 1959, vol. 97, pp. 293-430; CASSIN, R., “La déclaration universelle des droits de l’Homme”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International (RCADI)*, 1951, vol. 79, pp. 237-368; MOURGEON, J., “Les pactes internationaux relatifs aux droits de l’Homme”, *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, vol. 13, 1967, pp. 326-363; IMBERT, P.-H., “La France et les traités relatifs aux droits de l’Homme”, *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, vol. 26, 1980, pp. 31-43; BADERIN, M. A., MCCORQUODALE, R., “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty Years of Development”, en ID. (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 3-24.

⁴ Al respecto, se remite al testimonio de uno de los protagonistas de los sucesos internacionales que caracterizaron el contexto en el que fueron elaborados los Pactos: GROS ESPIELL, H., “El Uruguay y la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en ID., *De diplomacia e historia*, Montevideo, Ediciones de la Plaza, 1989, pp. 147-167; ID., “All’origine dei due Patti internazionali del 1966 sui diritti umani e del Protocollo facoltativo al Patto sui diritti civili e politici. Ricordi e riflessioni”, *Pace, diritti dell’uomo, diritti dei popoli*, año VII, n. 3/1993 (1995), pp. 53-63.

⁵ El PIDESC, adoptado por la Asamblea general el 16 de diciembre de 1966, ha entrado en vigor el 3 de enero de 1976; el PIDCP y el Protocolo facultativo anejo, adoptado en la misma Resolución, han entrado en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁶ Sobre estas discusiones, clasificaciones, y en particular sobre las respectivas características “genéticas”, con específica referencia al perfil histórico e ideológico, véase el reciente trabajo de CHERUBINI, F., “Le prime due generazioni di diritti umani: origine, evoluzione e prassi recente”, *Studi sull’integrazione europea*, 2013, n. 2, pp. 303 y ss.; especialmente pp. 303-311, sobre las cuestiones relativas a los dos pactos de la ONU.

⁷ Es conocido que la Declaración alude, a partir de su preámbulo, a la indivisibilidad de los derechos humanos; aunque la consagración más evidente del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos se ha dado con ocasión de la Conferencia mundial sobre derechos del hombre celebrada en Viena en 1993. En particular, en la Declaración final se afirma que: «5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso» (Declaración y programa de acción de Viena, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, Parte I, § 5). Se trata, por otro lado, de la confirmación de cuanto ya se podía inferir de los Preámbulos del PIDCP y del PIDESC y que ya había sido afirmado de forma más explícita con ocasión de la Conferencia de Teherán, en la «Proclamación de Teherán» de 13 de mayo de 1968, en el § 13 (A/CONF. 32/41).

perar hasta 1985 para la institucionalización, mediante una resolución del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC)⁸, del Comité de derechos económicos, sociales y culturales (CESCR, por sus siglas en inglés)⁹, con facultades para controlar la aplicación del PIDESC, es decir, para recibir y valorar los informes periódicos de los Estados partes relativos al respeto de los derechos contenidos en éste; pero ha sido en 2008 cuando se ha llegado finalmente a la aprobación del Protocolo facultativo, que se confía precisamente al CESCR «para desempeñar las funciones previstas en el presente Protocolo»¹⁰, regulando, en particular, el procedimiento para la presentación de comunicaciones individuales con denuncias de presuntas violaciones de los derechos en cuestión, de forma parecida a lo previsto en el ámbito del PIDCP desde 1966.

Con la entrada en vigor del Protocolo en el ordenamiento internacional, que estaba subordinada a alcanzar diez ratificaciones, se ha producido una sensible aceleración del proceso de ratificación, por parte también de algunos Estados europeos¹¹, históricamente comprometidos en el sistema de protección de los derechos humanos de la ONU, entre los cuales se encuentra Italia. En efecto, nuestro Parlamento ha aprobado la ley de autorización para la ratificación —la n. 152— de 3 de octubre de 2014¹². Con su entrada en vigor, el 26 de octubre, y con el depósito de los instrumentos de ratificación ante el Secretario General de la ONU, el 20 de febrero de 2015, Italia se ha dotado así de un ulterior instrumento para la tutela integrada de los derechos sociales, ya que los mecanismos de control introducidos por el Pacto en el sistema universal de la ONU van a sumarse a aquellos que desde hace tiempo operan en Europa y que se basan, en particular, en la Carta Social Europea (CSE) de 1961, en su versión revisada de 1996 (la CSER), pero sobre todo en el Protocolo adicional de 1995 (PA-CSE), en vigor desde 1998, relativo al procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité europeo de derechos sociales (CEDS), órgano de control de la Carta; procedimiento

⁸ Resolución ECOSOC 1985/17 de 28 de mayo de 1985. Adviértase, con respecto a los organismos homólogos del sistema de las NU, que el CESCR es el único que no ha sido instituido directamente por un tratado. La debilidad que se deriva de ello ya ha sido superada por el Protocolo objeto de estudio.

⁹ Cfr. ALSTON, P., “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en ID. (ed.), *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 473 y ss.; CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1998; LECKIE, S., “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Catalyst for change in a system needing reform”, en P. ALSTON, J. CRAWFORD (eds.), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 129 y ss.

¹⁰ La cita se ha tomado del Preámbulo del Protocolo, que se encuentra anexo a la Resolución del Comité de derechos humanos de la ONU, aprobada sin votación el 18 de junio de 2008 al terminar su 8ª sesión de (cfr. doc. ONU A/HRC/RES/8/2); el PF ha sido simbólicamente adoptado por la Asamblea general el 10 de diciembre de 2008, con la Resolución A/RES/63/117, en el sexagésimo aniversario de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

¹¹ Se trata, en particular, de Bélgica, Finlandia, Francia y Luxemburgo. Francia ha ratificado el PF el 13 de noviembre de 2014 y ha depositado sus instrumentos de ratificación el 18 de marzo de 2015. Para un primer comentario a la ratificación y de sus efectos en el ordenamiento jurídico francés, véase: GROS-BON, S., “Ratification française du Protocole Facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : Ce qui avait de l’importance, ce qui n’en avait pas”, *La Revue des droits de l’homme, Actualités Droits-Libertés* [en línea], 8 de diciembre de 2014, <http://revdh.revues.org/1026>.

¹² Cfr. GU, Serie General, n. 249 de 25 de octubre de 2014. Adjunto a la ley se encuentra el texto del Protocolo, traducido al italiano a cargo de la «Segreteria del Comitato Interministeriale dei Diritti Umani». Los artículos reproducidos en el trabajo en español están extraído del texto oficial de la ONU, cfr. doc. A/RES/63/117.

que se corresponde, desde diferentes perspectivas y con sustanciales diferencias, al de las comunicaciones individuales y de grupo introducido ahora por el Protocolo facultativo del PIDESC.

En este trabajo, después de esta breve introducción (I), quisiera poner de relieve los efectos beneficiarios que se podrían conseguir en un futuro también en nuestro ordenamiento después de la entrada en vigor del Protocolo, si los jueces ordinarios decidieran darle la adecuada relevancia, sobre todo en el plano hermenéutico (II). Frente a los beneficios que este instrumento internacional podría aportarnos, especialmente en virtud de los efectos sinérgicos de los dos procedimientos de control que ya ha asumido nuestro ordenamiento¹³ —esto es, el procedimiento originario de informes periódicos y el nuevo procedimiento de comunicaciones, verdaderas y propias “luces” que el ordenamiento internacional ha previsto para la protección de la dignidad humana, en un intento de favorecer el bienestar de los individuos y de la colectividad, en la idea de lograr una tutela integrada de los derechos económicos, sociales y culturales—, me gustaría verificar si en nuestro ordenamiento se pueden vislumbrar, en consideración a las orientaciones jurisprudenciales más recientes de la Corte Constitucional, “sombras” en grado de oscurecer, y por tanto de atenuar sensiblemente, su ámbito de protección (III).

II. LA RELEVANCIA DEL PROTOCOLO FACULTATIVO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: EL INDISPENSABLE COMPROMISO DE LOS JUECES ORDINARIOS

Con la entrada en vigor del Protocolo en nuestro ordenamiento, y no sólo en el ordenamiento internacional, se podrán someter al control de una instancia internacional independiente, como es a todos los efectos el CESCR, no sólo las normativas adoptadas por las instituciones italianas en tutela de los derechos consagrados en el PIDESC, y sus prácticas aplicativas, sino —en definitiva— también las políticas económicas y sociales nacionales. El Comité, en particular, por medio de comunicaciones individuales, podrá constatar la violación por parte del Estado italiano de uno o más derechos previstos en el Pacto. Resulta por tanto natural preguntarse si los considerables esfuerzos por parte del autor de una comunicación, a favor del que se haya constatado la violación de uno de sus derechos, podrán después obtener un adecuado reconocimiento en el ordenamiento italiano.

Por lo demás, con la entrada en vigor del Protocolo, y todavía antes del Pacto, el Estado italiano se ha obligado a respetar los derechos en cuestión incluso frente al resto de Estados partes; y «un ordenamiento constitucional que se defina como “Estado de Derecho” negaría su auténtica sustancia si negara a la persona el respeto de garantías que el propio Estado se ha comprometido a respetar en el plano internacional»¹⁴.

¹³ Debe precisarse que, con la excepción de Finlandia, los otros nueve Estados europeos que hasta ahora han ratificado el Protocolo del que se trata, incluida Italia, no han declarado querer acoger al proceso de comunicaciones interestatales (art. 10) y al proceso de investigaciones (art. 11).

¹⁴ Cfr. SALERNO, F., “Vincolo costituzionale all’attuazione dell’obbligo di riparazione stabilito dalla Corte Edu”, en R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All’incrocio tra*

No cabe duda de que, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por Italia con la ratificación del PIDESC y de su Protocolo facultativo, una vez que este último ha entrado en vigor en nuestro ordenamiento, subsisten formalmente, a la luz del vigente art. 117.1º Const., todos los presupuestos para que los jueces italianos den concreta relevancia a tales actos, considerando también las «Observaciones generales»¹⁵, las «Observaciones finales»¹⁶, las «observaciones» adoptadas en el ámbito del procedimiento de comunicaciones individuales¹⁷ y las «recomendaciones»¹⁸ de su órgano de control, el CESCR, que merecen la debida atención por parte de todos —abogados y magistrados— en nuestras aulas de justicia.

Los jueces ordinarios, en particular, tienen el deber de interpretar las normas nacionales, en cada momento aplicables al caso en cuestión, según una interpretación que sea conforme no sólo a las disposiciones referidas al PIDESC, sino también a las observaciones y —merece la pena subrayarlo— a las eventuales recomendaciones adoptadas por el CESCR, obviamente dentro de los límites de aquello que es admisible racionalmente según los criterios normales de interpretación de un texto normativo.

No se olvida, en definitiva, que las normas de Derecho internacional paccionado, una vez que han entrado en vigor y han sido recibidas por nuestro ordenamiento, se imponen a nuestros operadores jurídicos en el significado atribuido a las mismas por los órganos de control previstos por sus respectivos tratados. En otras palabras, en presencia de la orden de ejecución, los operadores jurídicos internos —en particular los jurídicos— se ponen directamente en contacto con el específico tratado internacional, que, con el fin de lograr una correcta interpretación conforme de las normas na-

Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo, Torino, Giappichelli, 2007, p. 227 (traducción del original).

¹⁵ La importancia de las «Observaciones generales» («General Comments»; «Observations générales») es notable en el plano hermenéutico, en la medida que gracias a las mismas —hasta el momento veintiuna— el CESCR ha precisado el contenido de las más importantes disposiciones del PIDESC. Cfr. ABLINE, G., “Les observations générales, une technique d’élargissement des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme (RTDH)*, 2008, n. 74, pp. 449-479; SEATZU, F., “Sull’interpretazione del patto delle nazioni unite sui diritti economici, sociali e culturali: regole, criteri ermeneutici e comparazioni”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 339-364; ODELLO, M., SEATZU, F., *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. The Law, Process and Practice*, Abingdon, Routledge, 2013.

¹⁶ En inglés se denominan: «Concluding observations»; en francés y en español, que también son lenguas oficiales de la ONU, como es sabido, se definen respectivamente como: «Observations finales» y «Observaciones finales». Se trata de las observaciones que el CESCR adopta con el fin de examinar los informes de cada Estado parte debe presentarle periódicamente para reconocer las medidas adoptadas y los progresos logrados para conseguir el efectivo respeto de los derechos que el PIDESC reconoce (art. 16 ss). De estas observaciones, dirigidas al Estado interesado y hechas públicas, emergen sea los aspectos positivos en la aplicación del Pacto por el Estado, sea eventuales «preocupaciones y recomendaciones». El resultado de estas observaciones se regula por un articulado procedimiento, basado en las decisiones durante por el Comité durante la sesión vigésimo primera, en el curso de la 53ª legislatura, el 1º de diciembre de 1999; cfr. doc. ONU E/C.12/1999/11, §§ 38-41.

¹⁷ El art. 9, § 1, del Protocolo facultativo, prevé que el CESCR, al finalizar el examen de una comunicación, individual o presentada por un grupo de individuos, «hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere».

¹⁸ Se trata, en particular, de las recomendaciones emanadas del CESCR, junto con sus observaciones finales, como conclusión del procedimiento de informes periódicos (cfr. § 38, lett. a), del doc. ONU E/C.12/1999/11), o de las recomendaciones adoptadas al terminar el examen de las comunicaciones individuales o presentadas por grupos de individuos, en los términos del mencionado art. 9 del Protocolo facultativo.

cionales, debe ser considerado como Derecho viviente del ordenamiento internacional¹⁹. Por lo tanto, estos siempre deberían tratar de resolver las cuestiones sometidas a su examen con todos los instrumentos hermenéuticos permitidos, en concreto adoptando, allí donde se observe la necesidad, técnicas de interrelación normativa entre los diferentes niveles de garantía de los derechos fundamentales que pongan en correlación los *dicta* de los tribunales y de los órganos de control internacional, con el objetivo de alcanzar la máxima expansión de la tutela, según ha sido manifestado por nuestra propia Corte Constitucional²⁰.

De esta forma el juez nacional, aunque tiene que actuar en un sistema formalmente dualista y no monista, recurre en el plano interpretativo al Derecho internacional para la solución de los asuntos de los que conoce, basándose necesariamente en aclaraciones hermenéuticas ofrecidas por los órganos de control internacionales competentes, lo que confiere por sí mismo eficacia interna a las normas externas implicadas; haciendo así, se le dota de efectividad a los derechos que esas normas tutelan y al mismo tiempo se ponen de relieve las eventuales lagunas normativas presentes en el ordenamiento internacional, así como la eventual inercia del legislador doméstico.

Es por ello evidente que los jueces ordinarios, a través de la hermenéutica, están en posición de forjar un instrumento esencial para la más amplia e intensa tutela de los derechos²¹ económicos, sociales y culturales, contribuyendo al mismo tiempo a la

¹⁹ Sobre la cuestión, MONACO, R., “L’interpretazione degli accordi internazionali ad opera del giudice interno”, *Giurisprudenza Italiana*, 1945, IV, pp. 24 y ss.; recientemente, a la luz de las sentencias “gemelas”, ZANGHI, C., “La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007”, *Consulta Online* [en línea], <http://www.giurcost.org>: «En relación con el tema de los derechos humanos habría, entonces, que preguntarse qué solución podría aplicarse en el caso de acuerdos internacionales que hubieran instituido órganos de control que no tienen carácter jurisdiccional, pero que, aplicando las normas de la Convención de referencia, inducen inevitablemente a interpretar las propias normas, incluso no teniendo una explícita competencia exclusiva. [...] En estos casos es de esperar que el razonamiento formulado por la Corte en base al cual la norma del CEDH debe ser valorada tal y como sea interpretada por el Tribunal de Estrasburgo, se extienda con toda lógica también a las normas de otras convenciones, según la interpretación dada por los órganos instituidos en el ámbito de las propias convenciones» (traducción del original).

²⁰ Sobre la lógica interpretativa adoptada por nuestra Corte Constitucional, después de la entrada en vigor del nuevo art. 117.1 Const., y sobre sus posibles reflejos en relación con la relevancia interna de otros tratados internacionales que tengan como objeto derechos sociales, la Carta Social Europea, me remito a GUIGLIA, G., “La rilevanza della Carta sociale europea nell’ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale”, en M. D’AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, ESI, 2013, pp. 61 y ss., especialmente pp. 71 y ss.

²¹ En el sentido de que, con referencia al derecho individual, la comparación entre tutela internacional y tutela interna de los derechos fundamentales permite afirmar la máxima expansión de las garantías, también a través del desarrollo de potencialidades ínsitas en las normas internas que tienen como objeto los mismos derechos. «Aquello que cuenta, en definitiva, es encontrar cada vez la solución que ofrezca la más “intensa” tutela a los derechos, dentro del *sistema* de derechos (y, más en general, de los bienes constitucionalmente protegidos). [...] El futuro (y ya el presente...) de estos últimos no se confía a relaciones de supra –e infra– ordenación ni entre las Cartas ni entre los tribunales sino a la constitución de círculos virtuosos de mutua alimentación entre los mismos, círculos que por sí mismos se recargan en modo incesante en una experiencia de verdad sufrida con poca frecuencia pero al mismo tiempo también gratificante para cuantos se desarrollan al servicio de las necesidades elementales del hombre, de su dignidad» (traducción del original). En este sentido, véase RUGGERI, A., “Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio”, *Diritti comparati* [en línea], 6 de junio de 2011, <http://www.diritticomparati.it>. Sobre la cuestión, con útiles apuntes y numerosas referencias bibliográficas, véase también NICOLINI, M., “Il livello integrale di tutela come contenuto

formación de un sistema con los diversos niveles normativos que caracterizan hoy día la tutela de los derechos humanos en el ámbito global. Se trata, viéndolo bien, de una extraordinaria posibilidad de la que disponen para cooperar en la creación de un *ius commune de los derechos humanos*²², en particular para la afirmación de *standard* de

indefettibile dello statuto sovranazionale dei diritti fondamentali”, en M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, ESI, 2010, pp. 389 y ss.; y veáanse también las más recientes y articuladas reflexiones de RUGGERI, A., “Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in ‘sistema’”, *Consulta Online* [en línea], <http://www.giurcost.org>, p. 27: «Cuando se razona sobre el “lugar” en el que se sitúa la más “intensa” o avanzada tutela, no necesariamente tiene que relacionarse con conflictos; podría más bien asistirse a formas “graduadas”, escalas de tutela: no ya de una fuente que la da y de otra que la quita o le niega» (traducción del original); ID., “L’ ‘intensità’ del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come ‘sistema’”, *Consulta Online* [en línea], <http://www.giurcost.org>, pp. 20 y ss. Del principio referido en el texto han tratado, entre otros muchos: RANDAZZO, A., “Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti”, en F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 313 y ss.; CAPPUCCIO, L., “Diferenti orientamenti giurisprudenziali tra Corte EDU e Corte costituzionale nella tutela dei diritti”, en C. DECARO, N. LUPO, G. RIVOCCHI (a cura di), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 65 y ss.; MARTINICO, G., POLLICINO, O., *The Interaction Between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham (UK), Camberley (UK), Northampton (USA), Edward Elgar Publishin, 2012; CASSETTI, L. (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012; CARDONE, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012; MANES, V. “I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/2012, pp. 839 y ss., especialmente pp. 866 y ss.; GUAZZAROTTI, A., “I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/2013, pp. 9 y ss.; CARETTI, P., “I diritti e le garanzie”, *Relazione al convegno annuale AIC “Costituzionalismo e globalizzazione”* [en línea], 2012, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; BALDINI, V., “Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e *Jurisdiktionsstaat* (i limiti della *Völkerrechtsfreundlichkeit* nell’ordinamento costituzionale italiano)”, *Rivista AIC* [en línea], n. 2/2013, <http://www.rivistaaic.it>. Sobre la necesidad de que la comparación entre tutela constitucional y tutela internacional de los derechos deba ir siempre en el sentido de la expansión de sus garantías, como ha aclarado la Corte Constitucional en la sent. n. 264/2012, véase, antes incluso de esta decisión, las reflexiones de SILVESTRI, G., “Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali”, en AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 3405 y ss.

²² Cfr., *ex plurimis*, DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Éditions du Seuil, 1994; REUS SMIT, C., “The Constitutional Structure of International Society and the nature of fundamental Institutions”, *International Organization*, vol. 51, 1997, pp. 55-89; FASSBENDER, B., “The UN Charter as the Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, pp. 529-619; HALPÉRIN, J.-L., *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999; HELMHOLZ, R. H., “Natural Human Rights: The Perspective of the *Ius Commune*”, *Catholic University Law Review*, vol. 52, 2003, pp. 301-325, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2483&context=journal_articles; CAROZZA, P. G., ““My Friend is a Stranger”: The Death Penalty and the Global *Ius Commune* of Human Rights”, *Texas Law Review*, vol. 81, 2003, pp. 1031-1089, especialmente p. 1040 y s., p. 1084 y s., http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/536; DE WET, E., “The International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 51-76, <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/CourseMaterialsHR/HR2009/DeWet/DeWetBackgroundReading2.pdf>; PETERS, A., “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 579-610, <http://core.ac.uk/download/pdf/18238603.pdf>; DELMAS-MARTY, M., *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit (IV)*, Paris, Éditions du Seuil, 2011; BOUMGHAR, M., “Les droits de l’homme, droit commun des sociétés contemporaines? ”, en M. BOUMGHAR, V. DURAND (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp.

tutela de los derechos económicos, sociales y culturales; y por tanto para participar activamente en un circuito jurisprudencial cuyas potencialidades en beneficio de los ciudadanos, no sólo europeos, son indudablemente notables.

Queda, sin embargo, el hecho de que los jueces ordinarios cuando están llamados a resolver una controversia en materia de derechos sociales, debiendo proceder a determinar el contenido sustancial del derecho o de los derechos en cuestión, se encuentran “naturalmente” abocados a ponderaciones nada fáciles entre los principios y los derechos fundamentales relevantes en el caso en cuestión.

En definitiva, en la medida que resulta indispensable, a la luz de las potencialidades ínsitas en las normas nacionales en cuestión, recurrir a fuentes internacionales, específicamente al PIDESC²³, para dar una mejor tutela a los sujetos implicados en el caso en concreto, el juez común —allí donde no sea necesario el recurso de la técnica de la interpretación conforme y se excluya el recurso al incidente de constitucionalidad— se tiene que confrontar con un acervo de derechos y principios, constitucionales y supranacionales, relevantes, que se sitúan en todo caso en una relación de integración y de recíproca ponderación²⁴; ponderación que obviamente no puede no tener en cuenta cuanto ya ha sido afirmado por la Corte Constitucional.

III. LAS TÉCNICAS INTERPRETATIVAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LAS SOMBRAS SOBRE LA RELEVANCIA INTERNA DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

Ante el ausplicable y verosímil compromiso de los jueces ordinarios en aras de dar relevancia, y por tanto efectividad, en nuestro ordenamiento a los derechos contenidos en el PIDESC, gracias a la entrada en vigor de su Protocolo facultativo y a la utilización de cuanto ya ha aparecido y aparecerá en el futuro de la actividad hermenéutica y de control del CDESCR, se perfilan, a mi entender, algunas sombras, derivadas en particular de la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional.

Las técnicas interpretativas de las que ésta se vale, muy complejas y elaboradas, basadas en múltiples criterios de interrelación normativa entre los distintos niveles de tutela de los derechos fundamentales, parecen de hecho, en perspectiva, más orientadas a una suerte de proteccionismo constitucional identitario, que a una interrelación normativa y a la integración ordinamental para conseguir la máxima expansión de las garantías.

Tanto es así que hay que tener presente que la Corte Constitucional recientemente ha afirmado que las normas del CEDH, en el momento en el que pasan a integrar el art. 117.1 Const. como normas interpuestas, se convierten en objeto de ponde-

227 y ss.; DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, especialmente pp. 13, 1027, 1031.

²³ El cual, a su vez, según lo que se encuentra previsto normalmente en los tratados referidos a los derechos fundamentales, prevé expresamente que, en caso de concurrencia de varios instrumentos, prevalezca aquel que ofrece la tutela más intensa: «No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado» (art. 5, § 2).

²⁴ Cfr. Corte cost., sentencias n. 191 de 2014, n. 170 y n. 85 de 2013, n. 264 de 2012.

ración, según las operaciones ordinarias, para lograr la necesaria «integración de las tutelas» (sent. n. 264 de 2012²⁵), que corresponde a la Corte Constitucional asegurar en el desarrollo de sus propias funciones.

En particular, la Corte ha precisado que, cuando entran en juego de conformidad con el art. 117.1 Const., normas del CEDH, la valoración de la legitimidad constitucional «debe ser realizada con referencia al sistema, y no a las normas concretas, consideradas aisladamente», en la medida que «una interpretación fragmentaria de las disposiciones normativas [...] corre el riesgo de conducir, en muchos casos, a conclusiones paradójicas, que terminarían por contradecir sus propias finalidades de tutela» (sent. n. 1 de 2013). Así, ésta propone una valoración «sistémica y no fraccionada» de los derechos incluidos en las normas en cada caso analizadas, efectuando la necesaria ponderación en modo tal de asegurar la «máxima expansión de las garantías» de todos los derechos y de los principios relevantes, constitucionales y supranacionales, considerados en su conjunto, que siempre se encuentran en relación de integración recíproca²⁶.

Esta tendencia, que en parte se originó a partir de las famosas sentencias “gemelas”, había ya sido afirmada, por lo demás, en la sent. n. 319 de 2009: «En el concepto de máxima expansión de la tutela debe incluirse, como ya se aclaró en las sentencias n. 348 y 349 de 2007, *la necesaria ponderación con otros intereses constitucionalmente protegidos, esto es con otras normas constitucionales, que a su vez garantizan derechos fundamentales que podrían verse afectados por la expansión de una tutela individual*».

²⁵ Sobre el que se pueden ver, entre otros tanto, los comentarios: RUGGERI, A., “La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (‘a prima lettura’ di Corte Cost. 264/2012)”, *Consulta Online* [en línea], <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri23.pdf>; DICKMANN, R., “Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e Cedu (dalle sent. nn. 348-349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012)”, *Federalismi.it-Focus Human Rights* [en línea], 2013, n. 3, www.federalismi.it; PUSTORINO, P., “Corte costituzionale, Cedu e controlimiti”, *Giurisprudenza Italiana*, 4/2013, pp. 770 y ss.; VIGANÒ, F., “Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra ‘guerra’ e ‘dialogo’”, *Diritto Penale Contemporaneo* [en línea], 14 de julio de 2014, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1405290740VIGANO%202014e.pdf>. Sobre la ponderación de los derechos fundamentales y el principio de la máxima extensión de la tutela, a la luz de la interpretación del art. 117 Cost. dada por la Corte Constitucional a partir de las sentencias 348 y 349 de 2007, véase, en particular, CANNIZZARO, E., “Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l’art. 117, 1° comma, Cost.”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 1, 2010, pp. 128 y ss. En general, sobre el rol de los tribunales constitucionales en perspectiva internacional y multinivel, *ex multis*, véanse: POIARES MADURO, M., “Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism”, en J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 356-380; CARDONE, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., pp. 54-88 y pp. 136-164; NOL-LKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; FOCARELLI, C., *International law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 316 y ss.; TEGA, D., *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012.

²⁶ Sobre la necesidad de ver la solución de los casos en cuestión en la Constitución como “sistema”, y no en las normas aisladas que se refieren a los derechos en juego en cada momento, la Corte ha insistido repetidamente –como es sabido–; cfr., *ex plurimis*, las sentencias n. 236 de 2011; 264 de 2012; 1, 85, 170 y 202 de 2013, 191, 223, 235 de 2014, y, recientemente, 10 de 2015.

Los términos «ponderación» y «valoración sistémica, y no aislada» representan por tanto los principales ejes de una jurisprudencia que —declinando el concepto de *maximum standard* al plural y no en singular, dando así espacio para una valoración no dirigida exclusivamente a tutelar al máximo nivel el derecho involucrado en el caso en cuestión sino destinada más bien a ponderar todos los intereses, los principios y los derechos constitucionalmente relevantes— parece orientada a redimensionar la importancia, y por ello a limitar la capacidad de vincular, no sólo del CEDH sino también del resto de tratados internacionales que tienen como objeto los derechos humanos²⁷, incluidos, también, los dirigidos a proteger los derechos económicos y sociales.

Enriquecen el marco jurisprudencial las sentencias n. 210 y 278 de 2013, que, como ha sido claramente observado²⁸, se insertan precisamente en la corriente dirigida a limitar los efectos de los pronunciamientos de los jueces externos (el TEDH en el caso en cuestión) en nuestro ordenamiento, con una técnica que busca enfatizar el hecho de que los motivos de censura fundados en el art. 117.1 Const. y, mediatamente, en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, terminan absorbidos por parámetros puramente internos.

De esta forma, la Corte Constitucional se reserva la potestad de realizar un control de fondo del principio declarado por un juez internacional, confiándose a los parámetros nacionales que puedan ser considerados, y eventualmente también a llegar a una solución completamente distinta de la que éstos últimos hubieran alcanzado; y tal orientación, en lo que aquí interesa, parece todavía más fácil de confirmar si el órgano de control internacional que se ha pronunciado no es formalmente jurisdiccional.

Completa el marco interpretativo de la Corte otra significativa sentencia que merece ser referida, la sentencia n. 230 de 2012²⁹. De la misma se deduce que las sentencias adoptadas por jueces externos (específicamente el TEDH) en relación con nuestro Estado vienen *consideradas* «en los límites en los que [sus] principios interpretativos son aplicables a nuestro ordenamiento»³⁰; mientras que es conocido que, tratándose en el caso en cuestión del Tribunal de Estrasburgo, el término que se tendría que haber utilizado, a la luz del art. 46 del CEDH, era necesariamente: *ejecutadas*³¹.

²⁷ RUGGERI, A., “Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»”, *Quaderni costituzionali*, 4/2014, p. 841, quien recuerda que «nuestro juez de las leyes, aunque haciendo —como se sabe— siempre llamadas más frecuentes a la jurisprudencia de otros tribunales (y, por ello, de reflejo, a las Cartas de las que son garantes), ni siquiera en la evolución más reciente de su pensamiento no parece alejarse de su orgullosa reivindicación a favor de nuestra Carta con la actitud de dar, *en cualquier caso*, una tutela de los derechos no inferior a la ofrecida por otras Cartas: en definitiva, una suerte de profesión de fe en una supuesta, irrefutable, perfección, en el plano de la salvaguarda de los derechos, de la ley fundamental de la República» (traducción del original).

²⁸ VIGANÒ, F., “Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra ‘guerra’ e ‘dialogo’”, cit., pp. 14 y ss.

²⁹ Sobre el cual, véanse al menos RUGGERI, A., “Penelope alla Consulta: tessè e sfilà la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (‘a prima lettura’ di Corte cost. n. 230 del 2012)”, *Consulta Online* [en línea], <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri20.pdf>; ID., “Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, *post scriptum*”, *Consulta Online* [en línea], p. 5, <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri21.pdf>.

³⁰ Cfr. punto 7. de los *Fundamentos de Derecho*.

³¹ Sobre el complejo tema de la ejecución de las sentencias del TEDH y de la eficacia de su jurisprudencia, véase en particular: LAMBERT, E., *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits*

Así, los jueces ordinarios resultan claramente “invitados” —a mayor abundamiento si se encuentran frente a un órgano de control internacional que no dicta sentencias, como el CDESCR, y a los posibles efectos económicos y financieros de sus observaciones— a ser cautos en la importante interpretación, que podría “distorsionar” las ponderaciones internas, incluso en aquellos casos en los que de las aportaciones hermenéuticas se derive una más intensa tutela del concreto derecho afectado en el caso analizado. Se trata, por tanto, de una “prudencia” hetero-inducida, que en buena medida pone en peligro de que se modifique su función esencial y al mismo tiempo es susceptible de disminuir, en puesto de maximizar, la tutela de los derechos en cuestión.

En efecto, aunque el juez ordinario puede en abstracto decidir no involucrar a la Corte Constitucional ante una duda sobre la existencia de conflictos entre los *standard* de tutela aplicables al caso en concreto, al realizar su ponderación, no sorprende que al final prefiera no complicarse con un “choque” jurisprudencial que terminaría perdiendo, vista la tendencia general del Juez de las leyes que se ha referido anteriormente, que se asigna a sí mismo la tarea de “armonizar” la tutela externa e interna, y ante la posibilidad de que sea un homólogo suyo el que eleve la cuestión de constitucionalidad.

Por otro lado, la formación de un derecho viviente a partir de la interpretación “conforme” que los jueces ordinarios dieran a las normas internas a la luz de aquellas externas aplicables a los casos controvertidos, según la interpretación de los jueces y de los órganos de control internacional³², no impediría a la Corte Constitucional, sobre

de l’homme, Bruxelles, Bruylant, 1999; PIRRONE, P., *L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, Giuffrè, 2004; GIANANTI, A., “Riflessioni in ordine all’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e agli obblighi di riparazione a carico dello Stato soccombente con particolare riguardo al caso Sejdovic c. Italia”, *Società Italiana per l’Organizzazione Internazionale* [en línea], <http://www.sioi.org/Sioi/Giansanti.pdf>; SPADEA, G., “L’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo in Italia”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, n. 1, pp. 263 y ss.; GUAZZAROTTI, A., COSSIRI, A., “L’efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo secondo la prassi più recente”, *Forum costituzionale* [en línea], www.forumcostituzionale.it. En el plano de la jurisprudencia interna, véase la reciente y significativa resolución del Consejo de Estado (Sez. IV, sent. 11/06/2015, n. 2866) accesible en la dirección http://www.dirittifondamentali.it/unicas_df/attachments/article/464/Consiglio%20di%20Stato_2866-2015.pdf.

³² A este respecto, aunque obviamente no puedan profundizar en esta sede sobre sus recaídas en relación a otros tratados y a otros tribunales, debo sin embargo hacer una referencia a la reciente sent. n. 49 de 2015, que deja perplejo por varios motivos, pero sobre todo porque la Corte Constitucional sostiene, a propósito de las decisiones del TEDH, que es «solo un “derecho consolidado”, generado por la jurisprudencia europea, que el juez interno debe asumir como fundamento del propio proceso interpretativo, mientras que ninguna obligación existe en este sentido, frente a resoluciones que no sean expresivas de una tendencia ya convertida en definitiva»; cfr. punto 7. del *Fundamento de Derecho*. Este pasaje de la sentencia plantea evidentemente un doble orden de problemas: el primero relativo a la definición de «derecho consolidado», el segundo acerca de la compatibilidad de tal *dictum* con las obligaciones convencionales, especialmente con el art. 46 CEDH, y, más en general, con el principio fundamental de buena fe en el respeto de las propias obligaciones. La sentencia, como era previsible incluso en una primera lectura, ha provocado el interés inmediato de una atenta y numerosa doctrina; señalo, *ex plurimis*, RUGGERI, A., “Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015”, *Diritto Penale Contemporaneo* [en línea], 2 de abril de 2015, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI_2015a.pdf; ZAGREBELSKY, V., “Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art.

la base de la orientación que aquí se discute, dar prevalencia a las normas domésticas a través de una progresiva ponderación, orientada internamente y no internacionalmente.

A este respecto, cabe añadir que incluso la técnica conocida como de la “doble vía”³³ —ocasionalmente adoptada por los jueces ordinarios en algunos casos para escapar de los efectos de la ponderación interna de la Corte, por la cual en puesto de elevar una cuestión de constitucionalidad, cuando se convierten en el “término” de una sentencia del TEDH que están llamados a ejecutar, inaplican la norma interna que esta última ha declarado que viola el CEDH— no puede, como ha sido correctamente observado, transformarse en «una regla general y abstracta de reparto entre las jurisdicciones y de resolución de los conflictos normativos»³⁴.

Desde otra dimensión, saliendo por un momento de la lógica que otorga preferencia hermenéutica al juez constitucional³⁵, y reflexionando, sin embargo, sobre las aportaciones que los organismos internacionales pueden ofrecer a la solución de los casos concretos, en la perspectiva de la más intensa tutela de los derechos implicados, cabe subrayar que la aparente debilidad del CDESCR, órgano formalmente no jurisdiccional, al igual que otros órganos de control internacional (como el CEDS, en particular), resulta superada ampliamente por el hecho de que sus «Observaciones» interpretativas sobre las disposiciones más importantes del PIDESC son, no en vano, «generales»³⁶, y, prescindiendo también de las conclusiones concretas de las comunicaciones

117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione”, *Osservatorio costituzionale* [en línea], n. 2/2015, <http://www.osservatorioaic.it>; G. GUARINO, “Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle a margine della sentenza 49/15”, *Consulta OnLine* [en línea], n. 2, 2015, especialmente pp. 568 y ss., <http://www.giurcost.org/studi/guarino8.pdf>. Con una copiosa literatura comentando esta sentencia, me remito en particular a la página web: <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0049s-15.html>.

³³ La Corte Constitucional, como es sabido, ha cuestionado la directa inaplicación de la ley en conflicto con el CEDH, por parte de los jueces comunes, exigiendo la interposición de un juicio incidental, pero, en la sent. n. 210 del 2013, ha aceptado en sustancia tal inaplicación cuando se trata de sujetos que han obtenido una sentencia favorable del Tribunal de Estrasburgo; por ello, en doctrina, se ha hablado de “doble vía” en la ejecución de las sentencias de este órgano. Cfr., en especial, LUPO, E., “La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale”, *Progetto Innocenti* [en línea], 2007, <http://www.progettoinnocenti.it/dati/1764vincolativita%20sentenzecedu.pdf>, §§ 10 y 11.

³⁴ Cfr. GUAZZAROTTI, A., “Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti”, *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3, 2014, p. 3037.

³⁵ Paradigmáticamente sobre aquello que está ocurriendo en la jurisprudencia más reciente del Juez de las leyes son las consideraciones de RUGGERI, A., “Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015”, cit., p. 3: «La Corte, en definitiva, es reacia a situarse en el orden de ideas según el cual la Constitución y el CEDH (y, en mi opinión, otras Cartas de derechos) puedan y deban sucumbir recíprocamente (“circular”, de hecho) a interpretaciones conformes: una interpretación —es superfluo recordarlo aquí nuevamente— axiológicamente orientada e inspirada en el canon de la maximización de la tutela de los derechos y, en general, de los intereses constitucionalmente protegidos en su configuración del “sistema” que —como se ha intentado demostrar en otros lugares— se presenta como la auténtica *Grundnorm* de las relaciones intersistémicas o —si gusta más— el *Grundwert* que da sentido a todas las Cartas, sin ningún orden preconstituido de base formal, de poderse afirmar en lo mejor de sí, *magis ut valeant*».

³⁶ Sobre su origen conceptual, véase: ALSTON, P., “The Historical Origins of the Concept of ‘General Comments’ in Human Rights Law”, en L. BOISSON DE CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 763-776; KHALIQ, U., CHURCHILL, R., “The protection of economic and social rights: a particular challenge?”, en H. KELLER, G. ULFSTEIN (eds.), *UN Human*

individuales que le serán presentadas gracias a la entrada en vigor del Protocolo, es inverosímil que en el plano hermenéutico se presenten distonías que pueden invalidar sus precedentes y orientaciones “sistémicas”. En otros términos, las observaciones del CDESCR tienen un claro valor general, están dirigidas a todos los Estados partes, independientemente de las peculiaridades de los respectivos ordenamientos jurídicos, y las conclusiones de un caso concreto no pueden invalidar las aportaciones hermenéuticas; aportaciones que los jueces internos están en cualquier caso llamados a considerar en sus acciones de ponderación, con el objeto de dar correcta interpretación y aplicación a un tratado internacional que encuentra indudablemente cobertura en el art. 117.1 Const.

Cabe preguntarse, por tanto, si vista la tendencia de nuestro Juez de las leyes ilustrada anteriormente, estamos *simplemente* ante la presencia de la apoteosis del «margen de apreciación»³⁷, ampliamente reconocido por el TEDH a los Estados a la luz de las peculiaridades de sus ordenamientos, y si la prevalencia de las ponderaciones internas efectuadas por la Corte Constitucional, respecto de aquellas efectuadas

Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, Studies on Human Rights Conventions, vol. 1, 2012, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 199-260.

³⁷ La conocida como «doctrina del margen de apreciación» fue elaborada –como es sabido– por la Comisión (órgano de control cuasi-jurisdiccional instituido por el CEDH con la tarea de desarrollar un examen preliminar de la cuestión planteada ante el TEDH sobre la admisibilidad dando su propio parecer) en el caso *Greece v. The United Kingdom* (“caso Chipre”, rec. n. 176/56, decisión de 2 de junio 1956) y después afirmada de nuevo por el TEDH en el caso *Lawless v. Ireland* (rec. n. 332/57, decisión de 30 de agosto de 1958), hasta desarrollarse, en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, a partir del caso *Handyside v. The United Kingdom* (rec. n. 5493/72, sentencia del 7 de diciembre de 1976, §§ 47-57). El margen de apreciación se encuentra contemplado ahora en el Protocolo n. 15 «amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms»: v. art. 1. Sobre el tema, véanse al menos: YOUROW, H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Kluwer, 1996; GREER, S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17%282000%29.pdf>; ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2002; DONATI, F., MILAZZO, P., “La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 65 y ss.; BRAUCH, J. A., “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, n. 1, 2004-2005, pp. 113-150; SHANY, Y., “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *The European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 16, n. 5, 2005, pp. 907-940; TANZARELLA, P., “Il margine di apprezzamento”, en M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 145-184; KRATOCHVÍL, J., “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, pp. 324-357; SPIELMANN, D., “Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, *CELS Working Paper* [en línea], University of Cambridge, Febrero de 2012, http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf; LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012; CIERVO, A., “The Unbearable Lightness of the Margin of Appreciation: ECHR and ‘Bio-Law’”, en G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 159-171; MOLA, L., “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”, *RACSEANESC* [en línea], <https://racseanesc.files.wordpress.com/2014/10/lorenza-mola-the-margin-of-appreciation-accorded-to-states-in-time-of-economic-crisis.pdf>.

por los organismos judiciales y de control externo, sólo sea su lógica consecuencia. La respuesta no puede ser otra que negativa a ambas cuestiones, por no hablar de otras³⁸, simplemente razonando sobre el hecho de que, cuando los jueces internacionales y los órganos llamados «cuasi-jurisdiccionales»³⁹ se pronuncian, el margen de apreciación del que gozan los Estados ha sido ya valorado⁴⁰; si por tanto se ha verificado una violación, ésta no se subsana rehaciendo la ponderación doméstica de los intereses, principios y derechos involucrados; no hay un juez de apelación interno que pueda revocar lo juzgado o lo concluido por un organismo internacional, y por ello las correspondientes obligaciones internacionales han de ser en todo caso respetadas⁴¹.

³⁸ Véanse, en particular, el Preámbulo del Protocolo n. 15, abierto a firma en 2013: «Considerando que es necesario lograr que el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre [...] continúe desarrollando su rol preminente en el atutela de los derechos del hombre en Europa», y su art. 1: «éstos [las Altas Partes Contratantes] gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre instituido por el Convenio» (traducción del original –cursivas añadidas–).

³⁹ Definición que no afecta a la naturaleza de sus pronunciamientos, al nivel de los órganos jurisdiccionales internacionales en los que se apoyan, cuando afirman una violación de los instrumentos para cuya tutela han sido instituidos. Insiste justamente sobre el punto, en particular a propósito de Comité europeo de derechos sociales, JIMENA QUESADA, L., “Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: Indivisibility of Human Rights and Indivisibility of Guarantees”, en M. D’AMICO, G. GUIGLIA (eds., dirs.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXI^e siècle*, Napoli, ESI, 2014, p. 145 y s.

⁴⁰ Los jueces de Estrasburgo, en particular, efectúan complejos y minuciosos análisis de Derecho comparado en sus decisiones, para evidenciar la falta de consenso en Europa sobre la cuestión que se les somete a consideración y, en consecuencia, para reconocer un conspicuo margen de apreciación a nivel nacional. Así, cuando de la sentencia no emerge ni siquiera implícitamente una invitación a posteriores ponderaciones internas, es difícil poder deducir de la misma lo contrario. Cfr. ad es. la sent. *Şahin v. Turkey* (Rec. n. 44774/98), § 121: «As to how compliance with the internal rules should have been secured, it is not for the Court to substitute its view for that of the university authorities. By reason of their direct and continuous contact with the education community, the university authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course (see, *mutatis mutandis*, *Valsamis v. Greece*, judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2325, § 32)». En el mismo sentido, véase *Dahlab v. Switzerland* (rec. 42393/98), § 2, del cual emerge claramente que el Tribunal tiene presente el margen de apreciación a disposición del Estado en cuestión: «les Etats contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d’autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (Cour eur. D.H., arrêt Van Raalte c. Pays-Bas du 21 février 1997, Recueil 1997-I, p. 186, § 39)». De esta manera, es evidente que la ponderación del Tribunal se ha realizado a la luz de la ponderación interna que ha conducido a la adopción de la medida cuestionada; otra ponderación interna, realizada por el juez nacional, que viniera a sobreponerse y a contradecir el *dictum* del TEDH, no eliminaría la violación afirmada en el plano del Derecho internacional y expondría, simplemente, al Estado implicado a las consecuencias previstas por el Convenio y por tanto, *mutatis mutandis*, a las consecuencias identificadas por el Pacto del que aquí se trata.

⁴¹ Opinán de forma distinta quienes siguen la estela de aquello que emerge de la conocida sent. 238 de 2014 de nuestra Corte Constitucional: «Bien visto, aquello que la Consulta sostiene en la sentencia tiene algo explosivo: el Derecho internacional es un producto de la práctica de los Estados de la comunidad internacional, cada uno de los cuales puede modificarlo en cada momento si entra en conflicto con aquellos que considera como “principios supremos” del ordenamiento interno»; cfr. BOGGERO, G., “Il judicial activism della Corte costituzionale: professione di ‘realismo idealista’”, *Agenda Liberale* [en línea], 5 de noviembre de 2014, <http://www.centroeinaudi.it/agenda-liberale/articoli.html?start=15>. CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 400, sostiene por su parte que el Estado que respete los principios fundamentales de la propia Constitución, en particular para asegurar la tutela de los derechos humanos, no incurriría en un ilícito internacional. SALERNO, F., “Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto”, *Quaderni costituzionali*, 1/2015, pp. 41 y ss. y notas 26 y 27, recuerda, sin embargo, que «en realidad no hay una práctica internacional que certifique la existencia de tal eximente»; incluso, el Derecho internacional, especialmente el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

No se desconoce que los jueces internacionales, así como los organismos de control, en general, se encuentran en posición de “dialogar” con los Estados involucrados en los casos concretos, sea durante las fases procesales auténticas y propias como en el curso del procedimiento de control formalmente no jurisdiccional, a través de sus órganos competentes; y significativo resulta también el diálogo que se instaura en los distintos procedimientos con los sujetos no gubernamentales, sobre todo con las ONG, nacionales e internacionales, cuando se trata de derechos económicos y sociales. Es difícil, por tanto, que los jueces y los organismos internacionales de control no tengan en la debida consideración las peculiaridades identitarias, sobre todo aquellas constitucionales, que caracterizan a los ordenamientos en cuestión, cuando se pronuncian sobre casos concretos.

Un ejemplo plástico de como se está intentando formalizar la búsqueda de un diálogo⁴² entre (altas) jurisdicciones internas y externas se encuentra en el Protocolo n. 16 CEDH, el cual, con su entrada en vigor, permitirá que el TEDH, a través de una suerte de mecanismo de reenvío prejudicial en forma de “informes consultivos”, ofrezca aclaraciones esenciales sobre cuestiones relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y de las libertades definidas por la Convención y sus Protocolos⁴³; aclaraciones que podrían en un futuro ir limpiando de minas desde el origen o

tratados de 1969 y los arts. 3 y 32 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión de Derecho internacional en 2001, afirman que «es claro en excluir que el modo de ser del ordenamiento interno pueda ser invocado para justificar la violación de obligaciones internacionales» (traducción del original).

⁴² En esta sede no es imaginable dar cuenta de las lecturas que, a nivel nacional e internacional, se han adentrado desde hace tiempo en los meandros metodológicos y teóricos evocados por esta locución. Me limito, por ello, a recordar que la doctrina francesa atribuye la paternidad de la expresión, «le dialogue des juges», a Bruno Génésio, que la acuñó, como Comisario del Gobierno, en sus conclusiones al Consejo de Estado, en el caso n. 11604, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, refiriéndose en particular a las relaciones entre los jueces nacionales y el juez comunitario; véase la sent. de 22 de diciembre de 1978, en *Recueil Dalloz-Sirey, Jurisprudence*, 1979, pp. 155-161, spec. p. 161: «[...] il ne doit y avoir ni gouvernement des juges ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges». En la doctrina italiana, *ex plurimis*, véase: RUGGERI, A., “‘Dialogo’ tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)”, *Diritti fondamentali* [en línea], 11 de noviembre de 2013, www.dirittifondamentali.it; ID., “Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il ‘dialogo’ tra Corti europee e Corti nazionali”, *Federalismi.it* [en línea], 2014, n. 18, pp. 2 y ss., www.federalismi.it. Una interpretación diferente de las relaciones entre ordenamientos y relaciones internacionales, a la luz de la reciente sentencia n. 49 de 2015 de nuestra Corte Constitucional, se debe a MARTINICO, G., “Corti costituzionali (o supreme) e ‘disobbedienza funzionale’. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)”, *Diritto Penale Contemporaneo* [en línea], 28 de abril de 2015, http://www.penalecontemporaneo.it/gliautori/678-giuseppe_martinico/, que presenta la sentencia antes mencionada como un ejemplo de desobediencia “funcional” o de desobediencia “buena”, para favorecer el “diálogo” entre los tribunales involucrados.

⁴³ Sobre la cuestión véanse, al menos, ASTA, G., “Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?”, *La Comunità Internazionale*, fasc. 4/2013, pp. 773-791, www.sioi.org/media/Rivista%20Sasta.pdf; CRIVELLI, E., “Il protocollo n. 16 alla Cedu: la tutela dei diritti nella prospettiva del nuovo rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo”, en AA. VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero, Volume I, I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Napoli, ESI, 2014, pp. 145 y ss.; DZEHTSIAROU, K., O’MEARA, N., “Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?”, *Legal Studies*, vol. 34, n. 3, pp. 444-468; O’MEARA, N., “Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR”, *Human Rights in Ireland* [en línea], 2013, <http://humanrights.ie/civil-liberties/reformingech>; POLLICINO, O., “La Corte costituzionale è una ‘alta giurisdizione nazionale’ ai

desdramatizando, si ya hubieran surgido, los conflictos entre las altas jurisdicciones implicadas⁴⁴, restaurando así un diálogo que a veces amenaza con bloquearse.

Se puede por tanto afirmar que, aunque la piedra angular sobre la que se apoya el compromiso principal de nuestra Corte Constitucional sea el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, también lo es el respeto de los principios constitucionales —sobre los que se alza la dignidad⁴⁵, apoyada sobre la «pareja axiológica fun-

fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?”, *Forum costituzionale* [en línea], 2 de abril de 2014, www.forumcostituzionale.it; SORRENTI, G., “Un’altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L’introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU”, *Forum costituzionale* [en línea], 8 de julio de 2014, www.forumcostituzionale.it; SUDRE, F., “La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l’homme. - À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, 14 de octubre de 2013, n. 42.

⁴⁴ Se da por descontado que los dictámenes del TEDH se reflejarán en las decisiones y en la orientación de los jueces ordinarios; aunque estos no sean formalmente obligatorios, se puede prever que serán cuanto menos persuasivos. Por otro lado, y desde otra perspectiva, no teniendo la posibilidad de preguntar directamente, los jueces ordinarios ven notablemente limitada su función interpretativa con respecto a los tribunales supremos nacionales. En particular, es evidente que, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho de la UE, no se les reconoce en relación con el CEDH el rol de intérpretes concurrentes respecto a los tribunales constitucionales.

⁴⁵ SIVESTRI, G., “Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona”, *Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola* [en línea], 1 de octubre de 2007, <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritto/silvestri.html>, nos recuerda que: «La supremacía de la dignidad se alza como criterio de ponderación de valores, sin que ésta sea susceptible de reducción como consecuencia de una ponderación. Ésta no es consecuencia de una ponderación, sino la balanza en sí misma» (traducción del original). De la dignidad como valor “superconstitucional” han tratado, en particular, RUGGERI, A., SPADARO, A., “Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)”, en V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 221 y ss. Ha retomado esta indicación recientemente DRIGO, C., “La dignità umana quale valore (super)costituzionale”, en L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 239 y ss. Sobre la dignidad de la persona, *ex plurimis*, véanse: BARTOLOMEI, F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1987; BOGNETTI, G. “The concept of human dignity in European and US constitutionalism”, en G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 85 y ss.; SACCO, F., “Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»”, en S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 583 y ss.; CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; BELLOCCI, M., PASSAGLIA, P. (a cura di), *La dignità dell’uomo quale valore costituzionale*, Quaderno realizado con ocasión del encuentro trilateral de los tribunales constitucionales italiano, español y portugués, Roma, Palazzo della Consulta, 30 de septiembre - 1 de octubre 2007, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_196_La_dignita.pdf; LUTHER, J., “Ragionevolezza e dignità umana”, en A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, Aracne, 2007, pp. 185 y ss.; VINCENTI, U., *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, Laterza, 2009; DI CIOMMO, M., *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, Passigli, 2010; MONACO, G., “La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative”, *Politica del Diritto*, 2011, n. 1, pp. 45 y ss.; RUGGERI, A., “Dignità versus vita?”, *Rivista AIC* [en línea], n. 1/2011, <http://www.rivistaaic.it>; PIROZZOLI, A., *Il valore costituzionale della dignità. Un’introduzione*, Roma, Aracne, 2007; ID., *La dignità dell’uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, ESI, 2012; RUOTOLO, M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; SPERTI, A., “Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell’argomentazione giudiziale”, *Costituzionalismo.it* [en línea], n. 1, 2013, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/443/>. Merece atención, en el ámbito determinado por la doctrina extranjera, la reciente traducción de un profundo estudio sobre la dignidad humana, basado en un riguroso análisis diacrónico, dotado de amplias referencias a algunos ordenamientos constitucionales significativos, e igualmente dedicado al estudio del Derecho internacional relevante; cfr. BARAK, A., *Human*

damental»⁴⁶, compuesta por los principios recogidos en los artículos 2 y 3⁴⁷—, y sin que ello signifique que dichos principios tengan que ser interpretados y ponderados siguiendo únicamente lo que sostiene nuestro Juez de las leyes, sin tener en debida cuenta las valoraciones que puedan corresponder cuando son los jueces o los órganos de control internacional los que analizan las normas internas. Dado que los principios consagrados en nuestra Constitución —entre los que se incluyen sin duda los anteriormente mencionados— se corresponden, en su mayor parte, a principios que progresivamente han adquirido una valencia general en el ámbito internacional, cuando se pongan de manifiesto interpretaciones contradictorias, basadas en ponderaciones diferentes entre los mismos principios, o que involucren derechos e intereses con mayor relevancia en el plano constitucional interno, en puesto de levantar barreras infranqueables, del género de los «contralímites»⁴⁸, sería más productivo comprometerse en la búsqueda de un intenso diálogo dirigido a evitar los conflictos que puedan surgir si se intenta imponer la supremacía de una *fuentes* sobre la otra. No deberíamos caer en enredarnos en artificiosas reservas de *fuentes* constitucionales⁴⁹ y —en lugar de empeñarse en una «orgullosa reivindicación en pro de nuestra Carta», a la que la Corte parece ahora inclinada con «la actitud de dar, *en cualquier caso*, una tutela a los derechos no inferior a aquella ofrecida por otras Cartas», como ha sido recordado con autoridad recientemente⁵⁰— sería sin embargo más coherente con nuestro sistema constitucional, especialmente con los principios internacionales sobre los que el mismo se funda y, en consecuencia, con las obligaciones exteriores libremente asumidas por el Estado a lo largo de los años, ir hacia la búsqueda de un equilibrio y de una efectiva integración entre las múltiples *normas* de garantía que se presentan en los distintos niveles

Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁴⁶ RUGGERI, A., “Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»”, cit., p. 848. Cfr., ya antes y más difusamente, ID., “Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, *post scriptum*”, cit., p. 5.

⁴⁷ Que obviamente forman “sistema” con los principios restantes y, en particular, con específica referencia a la tutela de los derechos, con el principio de apertura del Derecho internacional y supranacional, recogidos en los arts. 10 y 11, y del art. 117.1 Const.

⁴⁸ En esta sede empleo la expresión “contralímites”, que es usada normalmente con referencia a las relaciones entre el ordenamiento estatal y la UE, a sabiendas de que, según la Corte Constitucional, sólo la UE implica una limitación de la soberanía en los términos del art. 11 Const. Por otro lado, sin embargo, estoy de acuerdo con quien observa que: «la técnica de la ponderación es la versión soft de la problemática de los contralímites [...] y desdramatiza los tonos de la «crisis» entre ordenamientos» (traducción del original). Cfr. SCODITTI, E., “Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la Cedu come parametro interposto di costituzionalità”, *Il Foro italiano*, 2013, vol. 138, I, p. 789. Sobre el argumento, véase también el trabajo de PADULA, C., “La Corte costituzionale ed i ‘controlimiti’ alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessioni sul bilanciamento dell’art. 117, co. 1, cost.”, *Federalismi.it* [en línea], n. 23, 2014, pp. 14 y ss., www.federalismi.it.

⁴⁹ Cualquier discurso que se enroca en reservas constitucionales absolutas, tendentes a disimular el verdadero interno: reafirmar la soberanía del Estado conservando sus caracteres identitarios, está destinado a tener que redimensionar, desde hace ya una década, como recorca BADIE, B., “L’adieu au gladiateur? La mondialisation et le renouveau des relations internationales”, *Relations internationales*, n. 124, 2005, p. 101: «le débat ouvert par la mondialisation n’est donc plus celui de la disparition ou de la résistance de l’État, mais celui de sa dénaturation. On perçoit en effet que la mondialisation prive l’État du monopole de l’action internationale qu’on lui reconnaissait autrefois et que lui conférait l’action hobbesienne. Elle lui retire aussi sa qualité d’acteur souverain : la vraie question consiste alors à se demander si ces mutations, en attaquant l’État dans ce qui fait son identité, ne conduisent pas à la reconstruire de manière fondamentalement différente».

⁵⁰ RUGGERI, A., “Lo Stato costituzionale e le sue «mutazioni genetiche»”, cit., p. 841.

ordinamentales⁵¹, evitando permanecer atados en la tradicional concepción (formal) que reconoce la primacía de una norma en relación con la fuente que la origina, prescindiendo de su contenido. Siguiendo esta línea, aceptando también las interpretaciones y ponderaciones efectuadas externamente, como consecuencia natural de las obligaciones libremente adquiridas, se puede alcanzar, *sistemáticamente* y con mayor coherencia, la tutela de los derechos en juego⁵², si bien teniendo en cuenta que algunas decisiones externas pueden comportar sacrificios de principios y derechos fundamentales⁵³ constitucionalmente protegidos⁵⁴.

Se trata, de forma más precisa, de dejar espacio a la ponderación caso a caso, que podría también llevar —en una óptica sistémica no autorreferencial y no meramente aplicativa al plano interno de los valores en cuestión— al sacrificio de principios constitucionales supremos, cuando se estuviera en presencia intereses públicos preferentes, los cuales necesariamente también deberían tener rango de principios supremos⁵⁵. Una visión de tutela sistémica que la propia Corte ha acogida en línea teóri-

⁵¹ Pienso que, de acuerdo con lo que he mantenido hasta el momento, esté ya clara la referencia a los cánones fundamentales del «pluralismo constitucional»; véanse, en particular: MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty. Law, State, and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1999; WALKER, N., “The Idea of Constitutional Pluralism”, *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, n. 3, pp. 317-359; ID., “Taking Constitutionalism Beyond the State”, *Political Studies*, 2008, vol. 56, n. 3, pp. 519-543; STONE SWEET, A., “A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe”, *Global Constitutionalism*, 2012, vol. 1, n. 1, pp. 53-90; AVBELJ, M., KOMAREK, J. (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012; POIARES MADURO, M., “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 502-537; ID., “Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungspluralismus”, *EUR-Europarecht*, Heft 1, 2007, pp. 3-31, http://www.europarecht.nomos.de/fileadmin/eur/doc/Aufsatz_EUR_07_01.pdf; ID., “Three Claims of Constitutional Pluralism”, en M. AVBELJ, J. KOMAREK (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, cit., pp. 67-84; BUSTOS GIBBERT, R., *Pluralismo Constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, D.F., Porrúa, 2012; JAKLIC, K., *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁵² Según la teoría del pluralismo constitucional, la protección de los derechos fundamentales no se basa en la preeminencia de un intérprete “último”, sino en las relaciones interordinamentales que comportan una pluralidad de interpretaciones provenientes de varios órganos, jurisdiccionales y de control, que vienen movilizadas y empleadas, caso por caso, con el fin de obtener el mejor resultado posible para los sujetos implicados y para sus derechos; y por tanto se trata de concebir de otra forma la tutela de derechos, y que siempre tiene a un derecho “justo”.

⁵³ Recuerda RUGGERI, A., “Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi”, *Diritti fondamentali* [en línea], 24.03.2015, p. 21, www.dirittifondamentali.it: «Las síntesis son —como se sabe— fruto de la ponderación; y, sin embargo, las ponderaciones no siempre (y quizás raramente...) logran efectivamente mantenerse equidistantes, auténticamente medianas y hasta donde es posible conciliadoras. A la vez, de hecho, es inevitable el integral aunque sea ocasional sacrificio de este u otro valor, con vistas en el mejor cumplimiento de los restantes» (traducción del original).

⁵⁴ Es exactamente lo contrario de lo que ha hecho el *Bundesverfassungsgericht* en la conocida sentencia de 14 de enero de 2014; cfr. 2 BvR 2728/13, especialmente punto 29. Al respecto, véanse en particular, en relación con el n. 2 del vol. 15 (*The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court*), dedicado a esta sentencia por el *German Law Journal* en 2014: DI FABIO, U., “Karlsruhe Makes a Referral”, *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n. 2, pp. 107-110 y KUMM, M., “Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe’s Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of ‘Chicken’ and What the CJEU Might do About It”, *Ibidem*, pp. 203-215.

⁵⁵ Opinando de forma distinta, son los intereses nacionales los que prevalecen siempre sobre los externos, incluso si estos últimos sobresaldrían en algunos casos concretos para ofrecer una mayor tutela a los derechos implicados. Estigmatiza esta prevalencia interna, que traiciona la voluntad política de no integrar los intereses externos, llevando el discurso al plano de las teorías del pluralismo jurídico, en especial del constitucional, POIARES MADURO, M., *Three Claims of Constitutional Pluralism*, cit., p. 77.

ca, como se ha recordado anteriormente, pero que actualmente parece sufrir una especie de estrabismo interno, porque una ponderación internacional orientada e integrada, entre intereses públicos preferentes y principios supremos involucrados en su conjunto, podría llevar, como mucho, a una solución hermenéutica que «reduzca al mínimo el sacrificio»⁵⁶ de los internos⁵⁷. Sin embargo, solo si se abandona la idea de esta absoluta preminencia de “nuestros” principios constitucionales —que como se ha dicho, afortunadamente, no son sólo nuestros⁵⁸— insertando así nuestra Constitución en un sistema complejo de relaciones interordinamentales paritarias⁵⁹, con el objetivo de ofrecer la mejor tutela posible a los derechos en juego, se puede salir de un *impasse* que el propio Juez de las leyes, en perspectiva, demuestra que ha advertido inminente, cuando se “abre” a soluciones que «reduzca[n] al mínimo el sacrificio»⁶⁰ de “nuestros” principios fundamentales⁶¹.

Es por otro lado pacífico que deba tratarse de una colisión entre principios supremos e intereses públicos del mismo rango, como emerge implícitamente de la lectura de la conocida sentencia de nuestra Corte Constitucional n. 238 de 2014. Cfr. GROPPI, T., “La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana”, *Consulta OnLine* [en línea], n. 1, 2015, p. 3, <http://www.giurcost.org/studi/gropi.pdf>, y RUGGERI, A., “Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili ‘seguiti’ della 238 del 2014?”, *Consulta OnLine* [en línea], n. 1, 2015, p. 79, nota 2, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri45.pdf>. Para una exorbitante literatura con comentarios de esta sentencia me remito a esta revista: <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0238s-14.html>.

⁵⁶ Cfr. la sent. n. 238 de 2014, cit., punto 3.1. del *Fundamento de Derecho* y GROPPI, T., “La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana”, cit., p. 3, que en efecto habla de “contralímites templados”.

⁵⁷ A otra solución ha llegado, como se sabe, *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), que, sin embargo, en puesto de indicar los presupuestos para una valoración caso por caso del «sacrificio» aceptable de los principios fundamentales de la Constitución, se ha empleado en una selección de aquellos que constituirían, aunque sea de forma ejemplificativa, los “contralímites absolutos”, en caso de conflicto del Derecho interno con el Derecho supranacional e internacional, en tutela de la Ley fundamental y, en definitiva, de la identidad constitucional del Estado. Mientas que el BVerfG habría acuñado la teoría selectiva de los contralímites, como ha sido revelado eficazmente por PALERMO, F., “Il *Bundesverfassungsgericht* e la teoria «selettiva» dei controlimiti”, *Quaderni costituzionali*, 1/2005, pp. 181 y ss.

⁵⁸ Es significativo que, poco después de las conclusiones negativas de los referendos populares celebrados en Francia y en Holanda en 2005 sobre el Tratado constitucional europeo, una atenta doctrina haya subrayado como los pueblos de Europa, antes y ahora todavía distantes de la integración en un único pueblo europeo, se encuentren «sin duda unidos por un conjunto de valores fundamentales compartidos y sentidos en la conciencia popular más que la libertad de mercado y de la libertad de circulación del trabajo y de los capitales que presiden la primera construcción histórica de la Europa unida. La identidad europea se puede consolidar y precisar antes que nada en el terreno de los derechos fundamentales» (traducción del original). Cfr. SILVESTRI, G., “Verso uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali”, *Quaderni costituzionali*, 1/2006, pp. 9 y ss.

⁵⁹ No escondo que las señales externas hayan empeorado al respecto recientemente. Basta con pensar en las decisiones de los tribunales constitucionales de otros países europeos, que, como el *Bundesverfassungsgericht*, no dudan en alzar barricadas en nombre de la identidad constitucional de sus respectivos Estados. Véanse, entre otros, CANOR, I., “My Brother’s Keeper? Horizontal Solange: ‘An ever Closer Distrust among the People of Europe’”, *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, pp. 383-422; DUBOUT, E., “Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l’Union européenne”, *Res Europa* [en línea], <http://www.res-europa.eu>. Sobre la posibilidad de que la tutela de los derechos fundamentales lleve a un cierre identitario de los ordenamientos internos, véanse: DUBOUT, E., TOUZE, S., “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques”, en ID. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières des rapports entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 11-35.

⁶⁰ Véase, además, la sentencia n. 238 de 2014, punto 3.1. del *Fundamento de Derecho*. LUCIANI, M., “I controlimiti e l’eterogenesi dei fini”, *Questione Giustizia*, 1/2015, p. 90 y s., a propósito de la mencionada sentencia, revela que la misma, «marcando una interesante heterogénesis de los fines, utiliza los

Por lo demás, sólo en casos verdaderamente excepcionales los principios fundamentales de nuestra Constitución pueden actuar como «contralímites absolutos»⁶² frente al Derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que ha sido ampliamente demostrado —y es útil afirmarlo— que entre “nuestros” valores y principios constitucionales y los homólogos valores y principios consagrados en los instrumentos internacionales (especialmente en los universales) dedicados a la tutela de tales derechos hay una amplísima correspondencia⁶³, lo que permite hablar por tanto de un *derecho común de los derechos humanos*⁶⁴.

contralímites no ya para tutelar, sino para limitar la estatutariedad, excluyendo que algunas categorías de actos o comportamientos, aunque sean los adoptados o dispuestos *iure imperii*, sean sustraídos de la jurisdicción de terceros, como —sin embargo— ha ocurrido siempre desde el advenimiento del *ius publicum europaeum* (a salvo las excepciones que pueden libremente ser negociadas por los propios Estados). Se advierte, aquí, una prueba ulterior de la crisis del Estado. [...] Heterogénesis de los fines, por tanto: la doctrina de los contralímites, elaborada para defender al Estado en un contexto general que lo ve expuesto a las más variadas formas de erosión de su soberanía, termina por convertirse en la palanca para una posterior sujeción de la soberanía estatal a límites. Contralímites estructuralmente uni, entonces, funcionalmente bini» (traducción del original).

⁶¹ Cfr. RUGGERI, A., “L’interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell’esperienza, gli auspicabili rimedi”, *Federalismi.it* [en línea], n. 10, 2015, www.federalismi.it: «en efecto, las Cartas (y solo éstas) [están] situadas todas en un plano “horizontal”, llamadas a alimentarse culturalmente las unas a las otras sobre bases paritarias y a hacerlo *sin preclusión alguna* (también, por ello, en estos principios fundamentales que la teoría de las fuentes considera intangibles), ninguna relevancia sobre la cuestión adquiere el “puesto” ocupado en el momento por las propias Cartas en el sistema de fuentes» (p. 5). Y «también la Constitución debería, en una situación procesal dada, abstractamente retirarse para dar paso a otra Carta que se considere más adecuada para servir a los derechos en juego, y ésta igualmente se realizaría dando lo mejor de sí, del propio potencial expresivo. Y esto, por la elemental razón que condiciona por qué una Carta se hace valer en puesto de otra es que, por efecto de tal operación, resulte más satisfecha la pareja axiológica fundamental de los arts. 2 y 3 Const., en su configuración de un “sistema” con los restantes valores fundamentales: *es siempre, y sólo*, en nombre de la Constitución, de la *Constitución como “sistema”*, que puede (y debe) justificarse aunque sufriendo el veredicto del juez que desplace momentaneamente una norma aplicando la otra. La solución óptima sería, en buena medida, la de *ver conjuntamente y paritariamente* afirmadas todas las Cartas, recíprocamente integradas en la interpretación» (p. 11) (traducción del original).

⁶² «Se advierte así que la lógica de los “contralímites”, por la forma rígida como es entendida por la jurisprudencia, no puede ser acogida. De hecho no debe excluirse que se dé una norma (desde mi punto de vista, no importa si interna o externa) que, aunque parezca incompatible con un principio fundamental, al mismo tiempo se demuestre sin embargo que sirve al “sistema” de los principios restantes, hasta el punto que su caducidad pueda causar a la Carta una herida todavía mayor que si se mantuviera en vigor». Así, RUGGERI, A., “Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi”, cit., p. 21.

⁶³ «Tribunales nacionales y tribunales supranacionales deben atenerse, en materia de derechos, a un patrimonio común de nivel internacional y europeo, en el cual el entrelazamiento y la superposición son ineliminables» (traducción del original). Cfr. SILVESTRI, G., “Verso uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali”, cit., p. 15. Sobre los distintos métodos, técnicas y procedimientos que llevan a la conciliación y, a veces, a la armonía entre las distintas fuentes concurrentes en materia de derechos, véase el reciente trabajo de AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., “Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l’homme : concurrence, confusion, complémentarité?”, *Droit social*, n. 4, 2014, pp. 301 y ss. Un elemento ulterior que confirma lo aquí sostenido viene dado por los análisis que emergen del reciente *Casebook* editado por MANZINI, P., LOLLINI, A., *Diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2015. En particular, los editores subrayan oportunamente, entre otras cosas, «como las similitudes entre las sociedades europeas son más evidentes que las diferentecias»; y que ya vivimos «en un espacio geográfico, político y económico en el que, aunque existan diferencias, emerge una gran homogeneidad», (p. 8) (traducción del original).

⁶⁴ Un Derecho que siembra el fruto, más que de los fenómenos promocionados de «constitucionalización del Derecho internacional» o de «internacionalización del Derecho constitucional», de transforma-

Sin embargo, es innegable, y aquí no se niega, que en el propio Continente europeo, entre los 47 Estados partes del Consejo de Europa, como también ocurre entre los 28 Estados miembros de la Unión Europea, permanecen diferencias consistentes que no permiten afirmar la existencia de una sociedad suficientemente homogénea; subsiste todavía una pluralidad de cuerpos sociales que, aunque basándose en valores y principios comúnmente reconocidos (la libertad, la igualdad, la solidaridad, y, sobre todo, la dignidad humana), conciben en modo sensiblemente distinto las elecciones éticas y morales que éstos implican. En efecto, las cuestiones morales o éticas todavía condicionan la interpretación de los principios supremos comúnmente consagrados sea en nuestras Constituciones nacionales sea en los instrumentos supranacionales e internacionales para la tutela de los derechos humanos; y es por ello que todo aquello que concierne a estas cuestiones⁶⁵, en particular al inicio y al final de la vida⁶⁶, tiende a ser dejado en manos esencialmente de los tribunales nacionales, sea por parte de los jueces de Estrasburgo⁶⁷ como por los jueces de Luxemburgo, que se valen en esas cir-

ción *sui generis*, de la que toma vida: «le droit conventionnel»; describe y analiza críticamente las connotaciones de esta nueva categoría, GONIN, L., “La révolution du «droit conventionnel»: du droit constitutionnel à son dépassement”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band 134, I, Heft 1, 2015, pp. 49 y ss. Para entenderse: «Appartient à ce droit toute norme dont on peut raisonnablement affirmer qu’elle relève, d’un point de vue matériel, du droit constitutionnel en raison de son importance, mais qui n’a pas été adopté dans le cadre d’une procédure constitutionnelle classique. En d’autres termes, elle n’est ni le fruit d’un pouvoir constituant originaire ni celui d’un pouvoir constitué dérivé. Il s’ensuit que, malgré son contenu matériellement constitutionnel, elle appartient – sur un plan technique uniquement – au droit international public» (p. 73).

⁶⁵ Piénsese, ad. es., a los casos *C.D. y Z.* (C-167/12 y C-363/12), sentenciados el mismo día, y cuyas conclusiones son emblemáticas. En el caso *C.D.*, el TJUE ha de hecho renunciado a pronunciarse sobre los derechos a reconocer a una madre subrogante, que ha tenido un hijo mediante un contrato de maternidad subrogada y que solicitaba disfrutar un permiso de maternidad, sobre la base del régimen previsto para los casos de adopción, eludiendo las sugerencias del propio AG Kokott, que en sus conclusiones había evidenciado como el Tribunal de Justicia habría podido recurrir al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en materia de derechos de los menores), para dar mayor relevancia a esta última finalidad del permiso de maternidad, que ciertamente vale también con referencia a las relaciones entre madre adoptiva e hijo. Del caso *Z.*, sin embargo, emergen –siempre con referencia a la solicitud de una mujer que había sido madre a través de un contrato de maternidad subrogada, la cual solicitaba disfrutar de un permiso de maternidad– dos interpretaciones dignas de nota. La primera referida a la condición de la recurrente, que, estando privada de útero, aducía ser víctima de una discriminación no sólo en base al sexo, sino también en base a su discapacidad. Discriminación que fue negada por el Tribunal de Luxemburgo, al juicio del cual, aunque «la incapacidad de procrear puede causar a una mujer un gran sufrimiento», no se puede sin embargo considerar que la patología que sufría la señora *Z.* hubiese constituido un obstáculo al desarrollo de su actividad profesional (§§ 79 e 81). La segunda, que debe subrayarse especialmente en esta sede, afecta sin embargo a las relaciones entre el Derecho de la UE y los instrumentos internacionales de tutela, especialmente la Convención de la ONU sobre los derechos de personas con discapacidad. El Tribunal de Justicia ha considerado que el carácter programático de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad impide el control de legitimidad de la directiva de la que se trataba (la 2000/78) a la luz de las disposiciones de tal Convención.

⁶⁶ Emblemáticas, sea en el plano teórico como en el jurisprudencial, que es el que aquí más interesa, son las controvertidas cuestiones relativas a la procreación médica asistida y, en particular, al diagnóstico genético preimplantacional, sobre el que existe una amplia bibliografía. Cfr., *ex plurimis*, LIBERALI, B., “La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo e questioni di legittimità costituzionale”, *Rivista AIC* [en línea], n. 2/2014, <http://www.rivistaaic.it>; IADICICCO, M.-P., “La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L’insufficienza del dialogo tra le Corti”, *Quaderni costituzionali*, 2/2015, pp. 325-350.

⁶⁷ En muchos sectores, sin embargo, se afirma como tendencia contraria la reciente jurisprudencia del TEDH en materia de “maternidad subrogada”. Con referencia a Italia, véase, *ex plurimis*, el reciente

cunstancias de distintas técnicas de control⁶⁸. Si los Tribunales europeos impusieran, en su lugar, sus propias elecciones a los Estados, faltando entre los mismos una visión acerca de la solución a dar en tan delicadas cuestiones, aunque fuera a la luz de valores y principios comunes, éstas ciertamente vendrían percibidas como auténticas limitaciones al sentimiento de autodeterminación de los concretos grupos sociales interesados y, en consecuencia, serían objetadas por falta de la necesaria legitimación⁶⁹.

Por otro lado, si los Estados europeos, a través de sus actores constitucionales, no superan progresivamente la defensa a ultranza de sus peculiaridades identitarias y de sus íntimos intereses, para tratar de alcanzar el reconocimiento de un común denominador incluso para los temas más sensibles, se corre el riesgo de perpetuar una fragmentación que daña enormemente al propio proceso europeo de integración a través de los derechos. Es por ello que la legitimación de los tribunales europeos para intervenir concretamente en todas las cuestiones —incluidas aquellas condicionadas por la moral y por la ética— se encuentra en la finalidad última de sus decisiones: la búsqueda del bien común⁷⁰ dentro de un modelo de tutela de los derechos humanos que se recaba de los textos supranacionales e internacionales dirigidos a su protección, y que —como se ha dicho— es expresión de un *derecho común de los derechos humanos*.

Dejando de lado las cuestiones identitarias y particulares —sobre las cuales es en cualquier caso esencial que se desarrolle un diálogo franco en busca de soluciones comunes— las ponderaciones paritarias, integrales e integradas, son un objetivo a perseguir. Estas ponderaciones ponen a los tribunales y a los órganos de control internos e internacionales en una relación dialógica continua, pluridireccional y horizontal (por tanto, que no tiene sentido único y menos aún jerarquizado⁷¹), y se encuentran, de he-

trabajo de GIULIMONDI, F., “Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Sezione Seconda). Sentenza 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia. ‘Maternità surrogata’ fra giurisprudenza della Corte di Strasburgo e diritto statale”, *DPCE online* [en línea], n. 2/2015, <http://www.dpce.it/dpce-online-2-2015/>, que reenvía también a amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales. Sobre esta controvertida cuestión, además de las mencionadas sentencias referidas a Italia, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en diferentes ocasiones, planteando un torbellino de diferentes opiniones. Se trata de los conocidos casos *Mennesson c. France* (n. 65192/11) y *Labassee c. France* (n. 65941/11), finalizados con las conocidas como “sentencias gemelas” de 26 de junio de 2014, y *D. et autres c. Belgique* (n. 29176/13), decisión de 8 de julio de 2014. En este momento están pendientes ante el TEDH otros casos sobre el mismo tema: *Laborie c. France* (n. 44024/13); *Foulon c. France* (n. 9063/14); *Bouvet c. France* (n. 10410/14).

⁶⁸ En particular, sobre la conocida como «procedimentalización del test de proporcionalidad» por parte del TEDH, cfr. DUBOUT, E., “Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme”, en F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Nemesis, Limal, Anthemis, 2014, pp. 265-300.

⁶⁹ Cfr. DZEHTSIAROU, K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, especialmente pp. 60 y ss.

⁷⁰ Cfr. ARNSPERGER, C., “Le bien commun comme compromis social : deux conceptions de la négociation politique”, *Université Catholique de Lovain* [en línea], 2003, https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_136_%28Arnsperger%29.pdf.

⁷¹ Ciertamente no ayuda a la afirmación del diálogo paritario, reconocido en el ámbito de la teoría del pluralismo constitucional, la sentencia del TEDH en el caso *Melloni* (C-399/11, *Melloni c. Ministerio Fiscal*, especialmente apartado 60), que sustancialmente ha neutralizado el art. 53 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, en la medida que ha elaborado una suerte de tríptico interpretativo basado en la afirmación de la primacía, de la unidad y de la efectividad del Derecho de la UE. Sobre la jurisprudencia sucesiva al caso *Melloni*, en la que se observa una suerte de “replegamiento” del TJUE, en un “diálogo” perdurable, pero no idílico, entre los tribunales supremos nacionales y el Tribunal de Luxem-

cho, en la situación de alimentar formidables flujos interpretativos, caracterizados también por la utilización sistemática del método comparado⁷²; pero, sobre todo, gracias a ellas se puede lograr finalmente una mejor tutela de los derechos humanos, incluidos obviamente los derechos económicos, sociales y culturales.

En la interminable tarea de tutelar los derechos de la mejor forma posible — todos los derechos, en cuanto indivisibles e interdependientes— los tribunales europeos e internacionales, junto con los órganos de control que se pueden situar con aquellos, ya no tienen sólo la obligación de verificar, en negativo, si las autoridades nacionales han sobrepasado su margen de autonomía —o, si se prefiere, de apreciación— sino que también están llamados ineluctablemente en la ardua tarea de construir, en positivo, un verdadero equilibrio entre los valores propios de una sociedad europea y global en formación.

Los jueces nacionales, a su vez, también se implican en la titánica empresa de maximizar la tutela, debiendo progresivamente darse cuenta de que su tarea ya no está circunscrita solamente a la defensa de los intereses nacionales. Estos deben percibir la importancia de poder continuar proponiendo su lectura de aquello que es el interés común preeminente en los casos concretos, superando así la idea de que deben defender a toda costa la identidad nacional. Su rol puede convertirse en extraordinariamente constructivo, si comprenden la importancia del reconocimiento de una identidad común que emerja finalmente desde el pluralismo jurídico y constitucional; éste es ahora el verdadero objetivo que están llamados a perseguir sea en Europea sea en la sociedad global, donde la superación por sus propios conciudadanos del sentido de pertenencia sólo al Estado en el que viven es también un paso fundamental que puede contribuir a que se cumpla este objetivo, incluso a costa de ver sacrificados en algunos casos los principios fundamentales de las respectivas Constituciones en nombre de un interés común preeminente. En efecto, a diferencia de lo que históricamente ha ocurrido en los procesos constitucionales nacionales, en el proceso constitucional europeo y global es la mayor protección de los derechos la que puede movilizar el consenso de los individuos y suscitar finalmente sus sentimientos de pertenencia a una sociedad europea y global en construcción⁷³. Ciertamente no se trata de aniquilar artificiosamente el senti-

burgo, véase el reciente trabajo de BARAGGIA, A., “La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: ‘Epifanie’ di una Unione dai tratti ancora indefiniti”, *Rivista AIC* [en línea], n. 2/2015, <http://www.rivistaaic.it>.

⁷² Sobre la creciente atención de algunos tribunales constitucionales europeos a la utilización del método comparado, que contribuye, en consideración al Derecho supranacional, internacional y extranjero en cada caso utilizado, a un sensible enriquecimiento de sus razonamientos jurídicos, sobre los que se apoyan las respectivas *ratio decidendi*, en la perspectiva de identificar «common constitutional standards», se ocupa WENDEL, M., “Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law—The Europe-Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective”, *Jean Monnet Working Paper Series* [en línea], n. 25, 2013, <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/Wendel.pdf>.

⁷³ No se puede, por lo demás, esconder que el *déficit democrático*, que en mi opinión afecta todavía a la Unión Europea, ha encontrado remedios parciales en el actual Tratado. Piénsese, sobre todo, al reconocimiento para los ciudadanos europeos del derecho a presentar una iniciativa, que el art. 11, § 4, del TUE reduce a una simple *invitación* a la Comisión «a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados». Y por tanto es difícil pensar que el sentido de pertenencia a la Unión de los ciudadanos europeos se pueda fundar sobre la actual declinación del principio democrático, relegado a

do de identidad nacional que los ciudadanos manifiestan, y que puede continuar subsistiendo útilmente, sino que se trata de dar espacio a la formación de un no menos intenso y paralelo sentimiento de identidad común, gracias a la sistemática aplicación en los ordenamientos internos de las normas externas más protectoras, cuando se compruebe —incluso a través de elaboradas operaciones hermenéuticas y de ponderaciones de los intereses en juego— la presencia de *standard* de tutela más elevados a nivel supranacional o internacional.

Pasando ahora, más prosaicamente, a nuestro ordenamiento, pensando en particular en las potencialidades de los derechos reconocidos en el PIDESC, el auspicio es que el Juez de las leyes adapte el argumento de la razonabilidad-igualdad⁷⁴ —que le ha permitido sobre todo en el pasado adoptar una línea jurisprudencial audaz y penetrante, en especial gracias a la utilización de sentencias aditivas de prestaciones y de principios— a las nuevas exigencias que se perfilan sea en el plano interno como en el internacional. Se trata, por tanto, de no limitarse a verificar que las categorías de sujetos han sido irracionalmente excluidas del disfrute de un derecho económico, social o cultural, sino de empeñarse, por su parte, verificando si, a la luz del art. 117.2.m) Const., los mismos grupos de individuos reciben prestaciones que efectivamente garantizan el disfrute del derecho en cuestión. La ambigüedad de la expresión «niveles esenciales»⁷⁵, utilizada por la Constitución en relación con las prestaciones concer-

formas meramente participativas y no directas. Sólo queda esperar a un progresivo afecto —y por tanto indirecto consenso— determinado por la efectiva, y mejor tutela de sus derechos a nivel supranacional; tutela que implica obviamente, en el momento de la interpretación, a todos los jueces y a los órganos de control competentes: nacionales, supranacionales e internacionales, llamados a dialogar intensamente para alcanzar este objetivo. Sobre la iniciativa popular europea, véase el reciente trabajo de RODEAN, N., *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, Milano, Franco Angeli, 2014, pp. 209 y ss. La autora, en su reconstrucción, evidencia bien los límites del modelo *sui generis* de la ILP: «el nuevo instrumento para los ciudadanos europeos es un simple derecho colectivo de petición y no un instrumento de democracia participativa, una iniciativa indirecta, en cuanto que los ciudadanos “estimulan” la actividad legislativa invitando a la Comisión Europea a iniciar el *iter legislativo* europeo» (p. 211); «uno de los aspectos de mayor crítica es ciertamente aquel por el cual la Comisión Europea no tiene la obligación de proponer un acto legislativo como consecuencia de una iniciativa » (p. 230) (traducción del original).

⁷⁴ Véanse, al menos, ROMBOLI, R., (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991; AA. VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Actas del Seminario celebrado en Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 de octubre 1992, Milano, Giuffrè, 1994; CERRI, A., “Ragionevolezza delle leggi”, en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXV, Roma, Treccani, 1994; LUTHER, J., “Ragionevolezza (delle leggi)”, en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XII, Torino, UTET, 1997, pp. 341-362; PALADIN, L., “Ragionevolezza (principio di)”, en *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 899 y ss.; SCACCIA, G., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; LA TORRE, M., SPADARO, A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002; MODUGNO, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; PENNINO, S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; CARTABIA, M., “I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”, *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola* [en línea], 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

⁷⁵ Sobre la interpretación de esta expresión, empleada por el legislador constitucional en la revisión de 2001, existe una literatura especialmente abundante. Ha vuelto a explorar recientemente la cuestión, reconstruyendo los perfiles exegéticos de la disposición de que se trata, como han sido afrontados por la doctrina, y colocando adecuadamente los problemáticos perfiles actuativos en el contexto jurisdic-

nientes a los derechos sociales, a garantizar en todo el territorio nacional, puede ser fácilmente superada precisamente gracias a las interpretaciones que aparecen en ámbito internacional, dirigidas a evitar que, tomada aisladamente, esta referencia justifique una regresión y no una progresión en el disfrute de los derechos implicados.

Se puede decir, aunque no en sentido absoluto, que de las normas y de las actividades de los órganos de control previstos en los tratados sobre derechos sociales y económicos ratificados por Italia se obtiene un verdadero y propio “principio de no regresividad”⁷⁶. El CESCR, por medio de una de sus más notables Observaciones generales⁷⁷, a propósito de la interpretación del § 1 del art. 2 y del § 1 del art. 11 del PIDESC, se ha presentado como uno de los mayores teóricos de tal principio. En particular, de estas Observaciones se evidencia que el compromiso de actuación progresiva de los derechos sociales, aunque no implique, por sí mismo, la prohibición para los Estados de adoptar medidas regresivas de tutela (aunque sean provisionales⁷⁸), siempre que se encuentren justificadas en las dificultades de recursos económicos a disposición y en la imposibilidad de sustituirlas por otras que comporten un sacrificio menor, impone a los mismos, en cualquier caso, la obligación de probar que las decisiones adoptadas se hayan basado en un profundo examen de las posibilidades alternativas, y que los recursos disponibles han sido plenamente utilizados⁷⁹.

Todavía más significativa para el reconocimiento y afirmación del mencionado principio en un plano jurídico interno, es, por su parte, la Observación General n. 19,

cial que se ha desarrollado en el curso de los años, MASALA, P., *La tutela dei diritti sociali negli ordinamenti di tipo composto tra uniformità e differenziazione. Decentramento e diritti sociali in Italia, Germania e Spagna. Parte I. Premesse teoriche, concettuali e di metodo. Decentramento e diritti sociali in Italia*, Pisa, Pisa University Press, 2014, pp. 187 y ss., más específicamente pp. 269 y ss., al que reenvío también con amplias referencias bibliográficas sobre el tema. Sobre la noción de esencialidad, permítaseme remitirme a: GUIGLIA, G., *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 58 y ss.

⁷⁶ Cfr., por todos, HACHEZ, I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, especialmente pp. 15-29 y pp. 63-67; ID., “Le principe de standstill : actualités et perspectives”, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, vol. 66, n. 1, 2012, pp. 6-18.

⁷⁷ Cfr. CESCR, Observación general n. 3, «La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)», § 9 (E/1991/23). Sobre la cuestión cfr. también ALSTON, P., QUINN, G., “The Nature and Scope of States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n. 2, 1987, pp. 156-229.

⁷⁸ En realidad, insiste en el hecho de que se trate de medidas regresivas sólo provisionales el mencionado «Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos» de 18 de julio de 2012 (A/HRC/21/39), presentado a la Asamblea General de la ONU por la Relatora Especial, Magdalena Sepúlveda Carmona, en el § 48, y no la Observación general del CESCR que acaba de ser citada.

⁷⁹ Se lee, en efecto, en la mencionada Observación general n. 3, al final del § 9, que: «todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga». La sucesiva Declaración del CESCR de 21 de septiembre de 2007, dedicada a: «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “Máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo facultativo del Pacto» (E/C.12/2007/1), insiste nuevamente en la necesidad de que: «cuando no se adoptan medidas o éstas son de carácter regresivo, corresponde al Estado Parte probar que la decisión pertinente se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada en relación con la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y por el hecho de que se utilizaron plenamente los recursos disponibles», cfr. § 9.

dedicada a la seguridad social (art. 9 del PIDESC), que contiene una nítida consideración a este respecto: «Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional»⁸⁰.

Adviértase, por otro lado, que si el principio de no regresión sólo se deduce en vía interpretativa del primer párrafo del art. 2 del Pacto, el *principio de progresividad* sí que se encuentra expresamente consagrado por tal disposición. Ello permite concluir que el Estado, una vez que alcanza los niveles esenciales de las prestaciones en cuanto a un determinado derecho social, queda obligado a continuar progresivamente sus propios esfuerzos, para asegurar la plena y efectiva realización; y en este caso se trata no sólo de una «obligación de medios», o de «comportamiento progresivo», sino de una verdadera y propia «obligación de resultado»⁸¹.

Para garantizar los derechos sociales en nuestro ordenamiento, se convierte en indispensable la comparación entre los instrumentos internacionales de tutela que Italia ha ratificado libremente, tal y como son interpretados por los respectivos órganos de control (en lo que interesa en esta sede, el PIDESC y su Comité), y los niveles esenciales de las prestaciones determinados internamente a través de las elecciones discrecionales de política económica y social, que podrían eludir el verdadero significado de las expresiones empleadas en el art. 117.2.m Const.

El CESCR, por ejemplo, en la Observación general n. 14, relativa al derecho a la salud, ha afirmado que el margen de apreciación concedido a los Estados partes en-

⁸⁰ Cfr. CESCR, Observación general n. 19, aprobada el 23 de noviembre de 2007, «El derecho a la seguridad social (artículo 9)» (E/C.12/GC/19), § 42, de las que han sido extraídas las partes reproducidas en el texto. Un análisis detallado de la jurisprudencia de numerosos tribunales supremos y constitucionales que han tenido en consideración el principio de que se trata, refiriéndose directamente al PIDESC, ha sido desarrollada por la INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ), “Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability”, *Human Rights and Rule of Law* [en línea], Series n. 2, 2008, pp. 29-33, <http://www.refworld.org/docid/4a7840562.html>.

⁸¹ Cfr. CESCR, Observación general n. 3, cit., § 9: «La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]” [...] el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo».

cuentra un límite inderogable en la exigencia de garantizar el *contenido esencial*⁸² de tal derecho, a través de la garantía de las conocidas como «core obligations», es decir de “obligaciones fundamentales”; y por tanto ha concluido que: «La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud [...] constituye una violación del derecho a la salud»⁸³.

Siempre en el intento de la mejor tutela de los derechos sociales en nuestro ordenamiento interno, en sinergia con los instrumentos internacionales a los cuales nos hemos obligado, es en mi opinión necesaria una mayor reflexión sobre el procedimiento de informes periódicos, previsto por el PIDESC desde el origen, como se ha dicho anteriormente. Éste, como ha ocurrido por lo demás en relación con el procedimiento homólogo previsto por la CSE, nunca ha despertado particular interés en el ámbito forense, dada la falta de beneficios inmediatos y directos para los individuos; un procedimiento, en definitiva, con efectos circunscritos sólo al nivel de las relaciones entre organismos internacionales de control y los órganos de gobierno del Estado interesado. Sin embargo, cuando un Estado parte no da actuación al Pacto, quedando inerte en el plano de las normativas internas necesarias para dar efectiva garantía a los derechos que el mismo protege, y los jueces nacionales, incluidos los tribunales constitucionales, se detienen en las fronteras de la discrecionalidad del legislador, en virtud del imprescindible principio de separación de poderes, es precisamente entonces cuando la constatación de su violación por parte del Comité puede convertirse en útil en el plano interpretativo en las aulas de justicia. La violación del PIDESC, determinada por la inercia del legislador nacional al dar actuación a sus prescripciones, una vez que ha entrado en vigor en el ordenamiento interno a todos los efectos y para todos los operadores en virtud de la orden de ejecución, no asume sólo un valor político, sino que representa indudablemente un incumplimiento de las obligaciones internacionales a las que el Estado se ha sometido por mor del art. 117.1 Const. Es cierto que se trata de una violación que no es susceptible de producir efectos directos beneficiosos para los individuos, pero el acto que la constata —esto es la observación final o la recomendación del CESCR— puede sin embargo presentarse ante a un juez interno, para contribuir a convencerlo a adoptar, por ejemplo, en presencia de graves y determinadas circunstancias, una resolución de urgencia que remedie instantáneamente, aunque sea de forma provisional, una situación inaceptable, *incluso* cuando venga causada por un *ilícito* internacional⁸⁴.

⁸² La mencionada Observación general n. 3, en el § 10, prevé, en general, que: «corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. [...] Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser». Sobre el respeto del *minimun core* de los derechos garantizados por el PIDESC, incluso cuando la disminución de las disponibilidades financieras puede llevar a los Estados a adoptar medidas restrictivas, véase recientemente: COSTAMAGNA, F., “Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all’adozione di misure regressive”, *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2014, pp. 371-388, especialmente pp. 376 y ss.

⁸³ Cfr. CESCR, Observación general n. 14 de 11 de agosto de 2000, «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)» (E/C.12/2000/4), § 48.

⁸⁴ Los Estados contratantes se encuentran obligados adoptar no sólo medidas a largo plazo sino también medidas inmediatas, para dar efectividad a los derechos consagrados en el PIDESC, relativizando así la

¿Todas estas “luces”, encendidas en su momento por el PIDESC y aumentadas ahora por la entrada en vigor del Protocolo facultativo del Pacto, “iluminarán” finalmente nuestros juicios, sobre todo en beneficio de los sujetos más débiles de nuestra sociedad, gracias también a las posibles (*rectius*: ineludibles) sinergias con otros instrumentos internos, supranacionales e internacionales de tutela de los derechos fundamentales, o permanecerán confinadas en un espacio de sombra, como por desgracia todavía ocurre con la Carta social europea, a pesar de algunas señales positivas⁸⁵ apreciables en los últimos tiempos?

Aquello que parece incontenible es el creciente recurso de los individuos y de los colectivos a la pluralidad de instancias de tutela, judiciales y de control, ya disponibles a nivel regional y mundial. La multiplicación, junto con las vías internas, de los instrumentos supranacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos, y el aumento de las posibilidades de hacer uso de un gran grupo de patrocinadores, sea a nivel individual como colectivo, alimentan con creciente intensidad el fenómeno del conocido como «pluralismo aplicado»⁸⁶: otro modo de concebir la tutela de los derechos; un eco inconfundible de la *teoría del pluralismo jurídico y constitucional*, que notoriamente se plantea el objetivo de responder a las nuevas exigencias de tutela de los derechos surgidas con la globalización de las relaciones entre los Estados no a través de la reducción a una unidad de tutela de las ineludibles diversidades ordinamentales, sino garantizando, precisamente al contrario, la coexistencia dentro de un complejo, y equilibrado, sistema de valores y de garantías.

No en vano, aquello que debe preguntarse —en mi opinión— es si no merece la pena volver a reflexionar sobre el significado del ámbito del art. 11 de nuestra Constitución. Tal vez podría recordarse que esta disposición fue querida por nuestros constituyentes para justificar la limitación de la soberanía que se habría derivado de la adhesión de nuestro país a la Organización de las Naciones Unidas, pero sin particulares

teoría según la cual del mismo se deducirían sólo «obligaciones de comportamiento progresivo», escasamente o para nada «justificables», sobre lo que puede verse el «Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos» de 18 de julio de 2012 (A/HRC/21/39), presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona. Especialmente, cfr. § 48: «Los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para hacer plenamente efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, y la normativa de derechos humanos exige que en todo momento se garanticen por lo menos los niveles esenciales mínimos de todos los derechos. La normativa internacional de derechos humanos prevé, cuando las limitaciones de recursos así lo exijan, la realización progresiva de algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales a lo largo de un período de tiempo y con indicadores bien definidos, pero las medidas regresivas deliberadas solo están permitidas en casos excepcionales y con carácter temporal. En todo momento, los Estados deben poder demostrar que han adoptado medidas concretas para combatir la pobreza y probar que lo han hecho hasta el máximo de los recursos de que disponen, con inclusión de la asistencia y la cooperación internacionales». Cfr. también EIDE, A., “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Second Revised Edition, 2001, pp. 9-28.

⁸⁵ Permítaseme reenviar a: GUIGLIA, G., “The importance of the European Social Charter in the Italian legal System: in pursuit of a stronger protection of social rights in a normative and internationally integrated system”, en M. D’AMICO, G. GUIGLIA (eds., dirs.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXI^e siècle*, cit., pp. 51-96, especialmente pp. 77 y ss.

⁸⁶ La expresión, aquí traducida, está tomada de: BERGE, J.-S., *L’application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, p. 365.

reservas mentales por sus aplicaciones futuras o por exclusiones de particulares actos internacionales⁸⁷; y, ciertamente, entendiéndola no en sentido técnico⁸⁸. Así, estas limitaciones pueden a mi entender derivarse más que del tratado institutivo de tal Organización internacional, de la adopción de otros tratados internacionales⁸⁹, incluidos obviamente los dos Pactos de 1966, que poco a poco han entrado coherentemente a formar parte del complejo *ordenamiento onusiano*, ya ampliamente dedicado a la tutela de los derechos humanos, según una interpretación de la pareja axiológica querida por nuestro constituyente que no parece del todo privada de fundamento en el plano teleológico. En otros términos, podría significar que los objetivos de paz y de justicia (social) entre los pueblos, a los cuales el principio constitucional de que se trata condiciona las limitaciones a nuestra soberanía, estando bien presentes en el PIDESC, desde su Preámbulo, y a la luz de su Protocolo, más de lo que estaban en el originario ordenamiento comunitario, a favor del cual —como es sabido— vino en su día efectuada una forzada interpretación de no poca consideración, permiten —si no imponen— una consideración muy distinta de estos tratados, y, en consecuencia, de sus mismas observaciones y recomendaciones del CESCR. Ciertamente este último es un órgano internacional no jurisdiccional, pero se trata en cualquier caso de un órgano de control competente para verificar y declarar las violaciones de normas que formen parte del *sistema universal de tutela de los derechos humanos*, que se ha formado progresivamente en el sentido de lograr la homogeneidad de los valores y de las garantías, a través de una red de tratados que representa en todo caso —bien visto— la natural evolución del tratado institutivo, poniéndose con el mismo en una innegable relación de sinérgica complementariedad. Pero esta es, sin embargo, otra historia⁹⁰.

⁸⁷ Llega a la conclusión de que también el CEDH, como la normativa de la UE, encuentra cobertura en el art. 11 Const., CANNIZZARO, E., “Diritti ‘diretti’ e diritti ‘indiretti’: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, n. 1, 2012, p. 35 y nota 20, después en p. 38: «Incluso intuitivamente, de hecho, parece posible que los acuerdos concretos puedan promover la evolución del ordenamiento internacional hacia valores y principios homogéneos con los constitucionales y realizar así el modelo de relaciones internacionales querido por el art. 11 Const.²⁰. Sobre todo a la luz del impetuoso desarrollo de la tutela de los derechos humanos en el ordenamiento internacional y en el europeo, no parece irrazonable, en particular, afirmar que tales acuerdos puedan contribuir a la institución de un ordenamiento internacional fundado sobre valores de paz y justicia entre las naciones. [...] Las consideraciones hasta aquí desarrolladas inducen a hipotetizar si entre la normativa de la Unión y el Convenio Europeo no sea una apreciable distinción de *status* constitucional. Parece razonable hipotetizar que sean igualmente objeto de tutela por mor del art. 11 Const.» (traducción del original).

⁸⁸ Cfr. CASSESE, A., “Art. 11”, en G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, Art. 1-12*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 581.

⁸⁹ Cfr. CASSESE, A., *Ibidem*, pp. 581 y ss. *Contra*, sin embargo, Corte cost., sent. n. 96 del 1982, a propósito del GATT; v. punto 6. del *Fundamento de Derecho*.

⁹⁰ Se debería, en definitiva, comenzar desde aquello que ha sido observado desde los primeros comentarios de las sentencias “gemelas” y, también en relación con el sistema onusiano de tutela de los derechos humanos, recordar que: «la tendencia de la Corte parece particularmente cerrada en una tradición interpretativa de que los datos de la realidad exigirían actualización [...] esto no parece tener en cuenta algunas de las más significativas líneas de desarrollo que han caracterizado la evolución reciente del Derecho internacional (también) en relación con la protección de los derechos humanos: la cualificación de las obligaciones dispuestas por los acuerdos sobre derechos del hombre como obligaciones *erga omnes partes* y el reconocimiento de la capacidad de las normas internacionales de dirigirse directamente al individuo. Las particulares connotaciones estructurales y materiales de los tratados sobre derechos humanos, entre los cuales, por conocidas razones, destaca precisamente el Convenio europeo, han llevado a repensar su régimen jurídico en el ordenamiento internacional...». E incluso, «Los obstáculos que la

Corte advierte con respecto al art. 11 [Const.] en las dos sentencias que estamos valorando no parecen insuperables [...] La participación del Estado en la Convención Europea comporta la aceptación de ciertas obligaciones y por tanto una renuncia a algunas –relevantes, visto que se trata del tratamiento de los propios ciudadanos y de personas sujetas a la propia jurisdicción– prerrogativas soberanas, en particular de la prerrogativa de autodeterminarse en cuanto al *standard* de tutela de los derechos de la persona que el Estado quiere ofrecer y observar». Cfr. LUGATO, M., “Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo al vaglio della Corte costituzionale”, *Consulta Online* [en línea], pp. 7 y ss., <http://www.giurcost.org/studi/Lugato.pdf>.