

**EL «NIVEL INTEGRAL» DE TUTELA  
COMO CONTENIDO  
DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES EUROPEOS**

MATTEO NICOLINI

## SUMARIO

1. LA *TUTELA INTEGRAL* GARANTIZADA POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA INTEGRACIÓN COMO CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS. 2. LA ESTRUCTURA DEL «ESTATUTO TEÓRICO» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE SU CONTENIDO DE LIBERTAD Y LOS LÍMITES QUE SE LE APORTEN. 3. «ESTATUTO TEÓRICO» Y «ESTATUTO EUROPEO» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 4. LA INCIDENCIA DEL PATRIMONIO AXIOLÓGICO DE LOS ORDENAMIENTOS DE LA INTEGRACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL INTEGRAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 5. EL NIVEL INTEGRAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA APORTACIÓN DEL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES EUROPEOS Y TRIBUNALES NACIONALES. 6. NIVEL INTEGRAL DE TUTELA Y *ESTÁNDAR MÁXIMO* DE PROTECCIÓN. 7. *ESTÁNDAR MÁXIMO* EN EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES EUROPEOS Y NACIONALES. 8. NIVEL INTEGRAL DE TUTELA Y PROTECCIÓN «INTEGRADA». 9. APLICACIONES DEL CONCEPTO DE NIVEL INTEGRAL EN LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS.

# EL «NIVEL INTEGRAL» DE TUTELA COMO CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS

MATTEO NICOLINI<sup>1</sup>

## 1. LA TUTELA INTEGRAL GARANTIZADA POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA INTEGRACIÓN COMO CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS

El diálogo entre los tribunales nacionales y europeos en materia de derechos fundamentales representa un punto de observación privilegiado para individualizar, en el *nivel integral de garantía*, el contenido de las situaciones jurídicas subjetivas reconocidas y tuteladas por las constituciones estatales, el ordenamiento de la Unión y por el «sistema de tutela uniforme de los derechos fundamentales» que tiene la propia instancia jurisdiccional en el TEDH<sup>2</sup>.

El concepto de nivel integral de garantía comparte las problemáticas, analizadas doctrinalmente, relativas al modelo europeo de protección de los derechos fundamentales<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Investigador del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Università degli Studi di Verona, Verona (Italia). Traducción al español de David Delgado Ramos y Carlos Vidal Prado.

<sup>2</sup> Según la define la *Corte costituzionale* italiana en la sent. n. 348/2007, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pág. 3556, con anotaciones de C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti* y A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (e uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio culturale europeo*.

<sup>3</sup> Sobre la configuración de un sistema europeo de protección de los derechos fundamentales vid. CARTABIA M. (1995), *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milán, 21 ss.; PIZZORUSSO A. (2002), *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 18 y s., 25 y ss.; WEILER J.H.H. (2003), *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge; SCIARABBA V. (2008), *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padua, 83 ss.; COS-

De dichas problemáticas, la noción de nivel integral de garantía de tutela subraya el *carácter funcional* del proceso y de las técnicas de juicio de los tribunales para la definición del contenido de los derechos fundamentales: el nivel integral de tutela es la *máxima garantía* y el *contenido del derecho*. Ello asegura la plena coincidencia entre el derecho proclamado en las constituciones y en las Cartas europeas de derechos, su contenido y su tutela jurisdiccional.

La individuación del nivel integral de tutela precisa que sean predispuestos adecuados remedios procesales de garantía de los derechos fundamentales. Sobre esta base, han afirmado los tribunales el *derecho a la tutela judicial efectiva*<sup>4</sup>. Tal derecho, enunciado por el TEDH en la sentencia *Golder*, ha sido después «incorporado» por el Tribunal de Justicia a los principios generales del derecho de la Unión<sup>5</sup> mediante el reclamo a los artículos 6 y 13 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, y después codificado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>6</sup>.

---

TANZO P. (2008), «Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali», en COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A. (coords.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Turín, 357 ss.; PEDRAZZA GORLERO M. (coord.) (2010), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Nápoles. Véase además BUTTURINI D. (2009), *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Nápoles, 1 y ss., por el cual el propio TJUE, ya en las decisiones *Erich Stauder c. Stadt Ulm-Sozialamt*, c.-29/69 y *Internationale Handelsgesellschaft MBH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* c.11/70, elaboró un sistema de garantías de los derechos fundamentales que expresa la autonomía del ordenamiento europeo.

<sup>4</sup> Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva vid., con respecto al CEDH, SAPIENZA R. (2001), «Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo». *Rivista di Diritto Internazionale*, 227 ss.; QUERALT JÍMENEZ A. (2003), *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción Internacional para la protección de los Derechos Fundamentales*, Valencia; TROCKER N. (2007), «“Civil law” e “Common law” nella formazione del diritto processuale europeo». *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 426 ss. Con referencia a la tutela judicial efectiva en la Unión Europea vid. ADINOLFI A. (2001), «La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario». *Il Diritto dell'Unione Europea*, 44 s.; TROCKER N. (2002), «La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1193 ss.

<sup>5</sup> En este sentido, vid. la sentencia del TJCE, del 15 de mayo de 1986, c.-222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*; y la del 15 de octubre de 1987, c.-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c. Georges Heylens e altri*, *ivi*, 1986, p. 4097 ss.

<sup>6</sup> Sobre el art. 47 de la Carta vid. D'AMICO M. (2001), *Art. 47*, en BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (coords), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bolonia, il Mulino, 319 ss., y TROCKER N. (2002), «La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile», *cit.*, 1174, según el cual existe una correspondencia entre las garantías jurisdiccionales previstas en el art. 47 de la Carta, las del CEDH y de las constituciones nacionales.

El resultado es un sistema «integrado» de tutela judicial, un nivel de integración que es incluso superior en el ordenamiento europeo<sup>7</sup>. Ello ha sido confirmado por el artículo 19, par. 1, c.II, del Tratado de la Unión Europea, que obliga a los Estados miembros a establecer los «remedios jurisdiccionales necesarios para asegurar una tutela judicial efectiva en los sectores disciplinados por el derecho de la Unión». Tal disposición no se limita a ratificar la «europeización» de los jueces nacionales y la incisión del principio de autonomía procesal<sup>8</sup>, sino que concreta como objetivo de la integración la garantía, tanto de los derechos fundamentales nacionales, como de aquellos reconocidos y tutelados por el ordenamiento europeo.

El contenido del artículo 19, párrafo 1, capítulo II, del Tratado de la Unión Europea coincide así con el del artículo 51 de la Carta, porque el *más elevado grado de tutela sustancial* de los derechos es adscribible a la noción de «sectores disciplinados por el derecho de la Unión», como nivel de protección que, en el sentido de los artículos 51 y 53, se impone a los Estados miembros en sede de actuación de la normativa europea<sup>9</sup>, y también mediante el reenvío prejudicial y la obligación de interpretación conforme a los «derechos respecto a los cuales no parecen estar en juego expresas competencias de la Unión»<sup>10</sup>. La primacía del de-

<sup>7</sup> En este sentido vid. FROSINI T.E. (2010), «Sui rapporti fra la Corte EDU e la Costituzione italiana». *Rassegna parlamentare*, 2010, p. 351.

<sup>8</sup> Sobre la «europeización» de los jueces nacionales vid. COSTANZO P. (2008), «Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea», en COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A. (coords.), *Lineamenti*, cit., 314 s. Sobre el principio de autonomía procesal de los Estados miembros de la Unión vid. ADINOLFI A. (2001), «La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni giuridiche soggettive individuali conferite dal diritto comunitario», cit., 43 s.; TROCKER N. (2002), «La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile», cit., 1177, 1189, 1195, 1199 ss.

<sup>9</sup> Sobre el art. 52 de Carta vid. CARTABIA M., *Art. 51*, en *L'Europa dei diritti*, cit., p. 347 ss.; SCIARABBA V., *Tra Fonti e Corti*, cit., p. 151 ss.; BUTTURINI D., *La tutela*, cit., p. 231 ss.

<sup>10</sup> P. CARETTI 2005, «La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa». *Il Diritto dell'Unione Europea*, 378. En este sentido vid. también FERRARO A. (2005), «Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la *multiforme* tutela dei diritti dell'Uomo nello spazio giuridico europeo». *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 513 s. La actitud «centrípeta» de la Carta de los derechos fundamentales consigue la extensión de la acción europea mas allá del ámbito de aplicación de la propia Carta, es decir no sólo cuando los Estados apliquen el Derecho de la Unión. En este sentido vid. GAMBINO S., GERBASI G. (2004), «I diritti fondamentali nell'Unione europea e in Canada fra Giudici e carte dei Diritti», en GAMBINO S. (coord.), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a Confronto*, Milán, 6 ss. De hecho, si aún en las sentencias *Hubert Wachauf* (c.-5/88) y *Friedrich Kremzow* (c.-299/95) el TJUE había extendido la aplicación de la Carta a sectores conectados al Derecho de la Unión, en la sentencia *Tanja Kreil* (c.-285/98), la Carta afecta a normas que se quedan fuera de la aplicación del derecho europeo. En sentido contrario vid. PACE A. (2001), «A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari». *Giurisprudenza costituzionale*, 193.

recho europeo convierte en vinculante el propio grado de garantía porque es idóneo para hacer efectiva, *en sede de actuación*, la tutela jurisdiccional efectiva y la efectiva aplicación del derecho europeo<sup>11</sup>.

La investigación examina el diálogo entre los Tribunales en función del alcance de un resultado sustancial: el *máximo grado de tutela* como resultado de la actividad jurisdiccional de garantía de los derechos fundamentales, en los que concurren los remedios procesales de los diferentes sistemas de protección y está integrado por las cláusulas de coordinación entre ordenamientos.

La presente contribución pretende verificar si tal sistema «integrado» participa de la concepción, propia de los ordenamientos nacionales, que define el contenido de los derechos como resultado dialéctico de la relación libertad-límite; y si la *garantía* de los derechos consiste en la *tutela integral* como máxima expansión de la libertad respecto a sus límites. Esto es, si el concepto de *tutela integral* está contenido indefectiblemente en el «estatuto» de los derechos fundamentales europeos, donde la expresión «estatuto supranacional» expresa la unidad conceptual del derecho —sea cual sea la carta que lo proclame y el juez que lo tutele— y la *convergencia* de las Cartas y de los Tribunales hacia el máximo grado de protección del mismo.

Por otro lado, también el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental tutelado por las Constituciones nacionales, por el TEDH y por la Carta porque en su ausencia no puede realizarse la tutela de los derechos sustanciales. También por la tutela judicial efectiva se pone de manifiesto el problema de la individuación del máximo grado de tutela y de la inherencia de éste al contenido del relativo «estatuto europeo». Sin embargo, a diferencia de cuanto sucede para los derechos «sustanciales», el máximo grado de garantía de la situaciones jurídicas procesales está logrado donde el juez pueda promulgar la disposición judicial y así participar en la determinación del nivel integral de garantía común a los Tribunales de la integración europea<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Vid. SCIARABBA V., *Tra Fonti e Corti*, cit., 173-174. Sobre las relaciones entre principio de tutela judicial efectiva y aplicación efectiva del derecho europeo vid. cfr. Morbidelli G. (2000), «La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo», en AA.VV., *Annuario 1999. La Costituzione europea. Atti del XIV convegno annuale*, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padua, 403 s.; Leczykiewicz D. (2010), «Effective Judicial Protection» of Human Rights After Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?». *European Law Review*, 333 s.

<sup>12</sup> Sobre los derechos «procesales civiles» como derechos fundamentales vid. LIEBMAN E.T. (1948), «Norme processuali nel codice civile». *Rivista di diritto processuale*, I, 169. En ámbito penal, la tutela de los derechos se realiza aplicando el principio, ya contenido en la *Petition of Rights* (1628), *nulla poena sine iudicio*. En este sentido se expresa PATRONO M. (2009), «I doni di Albione. Le origini della Rule of Law nell'Inghilterra medievale», en PATRONO M. (coord.), *Studiando i diritti. Il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confini del (nostro) tempo. Lezioni*, Turín, 23.

## 2. LA ESTRUCTURA DEL «ESTATUTO TEÓRICO» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE SU CONTENIDO DE LIBERTAD Y LOS LÍMITES QUE LE SE APORTEN

Con el fin de comprobar si el *nivel integral de tutela* forma parte del «estatuto europeo» de los derechos fundamentales, conviene examinar la noción de contenido del derecho y verificar si el sistema supranacional de protección «conoce derechos, en el sentido que este término ha asumido en la historia del constitucionalismo europeo»<sup>13</sup>.

El contenido del derecho puede definirse como «una relación entre la actividad proclamada libre y sus confines»<sup>14</sup>. La definición, de un lado, confía el reconocimiento y la tutela de los derechos a las normas constitucionales y, por otro lado, acentúa el rol de los Tribunales, confiando a las técnicas de *Güterabwägung* la tarea de componer en un sistema los derechos constitucionalmente reconocidos<sup>15</sup>.

La definición de derecho consiente resultados relevantes.

En primer lugar, los conceptos de *área*, *límite* y *garantía* definen el *estatuto teórico* del derecho. Se trata de un estatuto teórico común a los sistemas de protección de los derechos, nacionales y europeos: «la dilatación del área de los derechos en el espacio constitucional europeo», de hecho, supera «los confines y los contextos histórico-culturales de los estados», franqueando el contenido de los derechos, «por los condicionamientos culturales radicados en los diversos segmentos de la sociedad europea»<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> RIDOLA P. (2002), «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo», en *La Carta europea dei diritti*. Atti del Convegno. Génova, a 16-17 de marzo de 2001, 14.

<sup>14</sup> PEDRAZZA GORLERO M. (1988), «La costruzione della norma-parametro attraverso la definizione "per accerchiamento" (nel caso della manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata)», en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del convegno. Trieste, a 26-28 de mayo 1986, Milán, 1988, 574. En el mismo sentido vid. ESPOSITO C. (1958), *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milán, 8; PACE A. (2003), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padua, CEDAM, 324; PRIETO SANCHÍS L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, 217 y ss.; RIDOLA P. (2006), *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Turín, 89.

<sup>15</sup> Sobre el «sistema» de las libertades en el ordenamiento constitucional vid. JEMOLO A.C. (1974), «Libertà (aspetti giuridici)». *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milán, 270 s.; BARBERA A. (1975), Art. 2, en BRANCA G. (coord.) *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bolonia-Roma, 79; RIDOLA P., *Diritti fondamentali*, cit., 113 ss.

<sup>16</sup> RIDOLA P., *La carta dei diritti fondamentali*, cit., 16-17.

En segundo lugar, los conceptos de *área*, *límite* y *garantía* definen la estructura del derecho. La noción de «área» designa una *actividad proclamada libre*, que ponga en común las categorías de los derechos fundamentales. Sea porque también para los derechos de libertad negativa se pone la exigencia de aportar un perfil organizativo de naturaleza «positiva» —que, si no se ha realizado, comporta un avance del límite hacia el área de libertad, incidiendo sobre las mismas libertades negativas—, sea porque derecho absoluto «implica un *non facere*, por parte de terceros, en orden al bien garantizado»<sup>17</sup>. Dicho con otras palabras: el *contenido* del derecho es la inviolabilidad de la actividad proclamada libre, estemos ante un derecho de libertad negativa, positiva o de prestación.

Es sin embargo en la actividad de delimitación del derecho donde el estatuto teórico manifiesta la naturaleza dialéctica de la relación libertad-límite. Con las palabras del Tribunal Constitucional italiano: el «concepto de límite es inherente al concepto mismo de derecho»<sup>18</sup>. Se dan, por lo tanto, diferentes límites: a) el límite *sustantivo*, que coincide con el contenido del derecho y se opone a la incidencia de los otros límites sobre el contenido del derecho; b) el límite *estructural* o «sistémico», que hace posible «la actividad de un individuo dirigida a la consecución de sus propios fines... con la consecución de los fines de los otros»<sup>19</sup> y al que se opone el límite sustantivo como contralímite; c) el límite *modal* o de ejercicio; d) el *límite de contenido*, que no es un verdadero límite, pero que sustrae una parte del área de libertad del límite sustantivo.

Por otro lado, puesto que el área de libertad conceptualmente no cambia, será el confín el que defina el contenido del derecho fundamental «positivo», concretamente *reconocido y garantizado* por cualquier ordenamiento. Ello porque es el límite, no la libertad quien ha de comunicar los fines y los valores del ordenamiento al derecho. De aquí la percepción de que se dan diferentes grados de tutela del mismo derecho, respondiendo cada uno a un diverso sistema de protección —pero que, en realidad, expresan un mismo derecho *axiológicamente delimitado*—; siempre de aquí, como se verá<sup>20</sup>, el cambio entre noción de *estándar* máximo de tutela y de *mejor punto de integración* con el concepto de *tutela integral*.

Un ejemplo ha sido dado por el ordenamiento europeo, en el Tribunal de Justicia, el cual, en la sentencia Hauer<sup>21</sup>, utilizando el límite modal-estructural de la *función social* de la propiedad, previsto por las constituciones italiana, ale-

<sup>17</sup> En este sentido vid. PACE A., *Problematica*, cit., 75.

<sup>18</sup> Véase la sentencia n. 1/1956, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, 8.

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 1/1956, cit., 8.

<sup>20</sup> Vid. *infra*, nn. 6, 7, 8.

<sup>21</sup> TJUE, sentencia del 13 de diciembre de 1979, c.-44/1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*.



mana e irlandesa, ha construido un límite «sistémico» que responde a la finalidad de la integración europea<sup>22</sup>.

En consecuencia, el estatuto europeo del derecho de propiedad es así autónomo respecto al previsto en las Constituciones nacionales, y homogéneo, sobre el perfil de la relación libertad-límite, a la axiología del ordenamiento supranacional.

### 3. «ESTATUTO TEÓRICO» Y «ESTATUTO EUROPEO» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En tercer lugar, el *estatuto teórico* de los derechos fundamentales compendia las adquisiciones del constitucionalismo europeo como técnica prescriptiva de limitación del poder<sup>23</sup> y, en particular, los modelos de protección de los derechos derivados de la «politics of liberty»<sup>24</sup> que, desde la *Petition of Rights* y la *Bill of Rights* inglesas, se desarrolla a través de los *Bills of Rights* americanos, la Decla-

<sup>22</sup> Vid. BUTTURINI D., *La tutela*, cit., 15.

<sup>23</sup> Vid., entre otros, MATTEUCCI N. (1976), *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Turín, 1976; FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, 1995, 17 y ss.; FASSÒ G. (2001), *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, edición coordinada por C. Faralli, Roma-Bari, 85 ss., 152 ss.; PEDRAZZA GORLERO M., «Dalla Costituzione al diritto costituzionale». *Diritto Pubblico*, 395; RIDOLA P. (2009), «Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo», en CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F. (coords.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 21 y ss.

<sup>24</sup> WARD L. (2004), *The Politics of Liberty in England and Revolutionary America*, Cambridge. Un ejemplo de mecanismo de garantía de los derechos derivado del sistema inglés y común al constitucionalismo contemporáneo está representado por el *writ of habeas corpus ad subiiciendum* de *common law* y normado por primera vez por el *Habeas Corpus Act 1679*. Vid. BISCARETTI DI RUFFIA P., «*Habeas corpus*». *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milán, 941 y ss.; DICEY A.V. (2003), *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, traducción y estudio preliminar de A. Torre, Bologna, 177 y ss. El *habeas corpus* estaba constituido por «due importanti forme di garanzia: il diritto ... per cui nessuno poteva essere arrestato o detenuto per ragioni di Stato» excepto que «nei casi legalmente previsti; e la *giurisdizione*, per cui nessuno poteva essere imprigionato per più di dieci giorni senza regolare processo pubblico da tenersi in armonia con la “legge del paese”» (PATRONO M., *I doni di Albione*, cit., 24 s.). Dichas garantías se encuentran también en ordenamientos de *common law* y, concretamente, en América latina, donde el *habeas corpus* «è stato recepito ... già ... durante l'intero secolo XIX, con la denominazione originale ovvero con l'appellativo di *exhibición personal*» o *amparo* (MEZZETTI L., «L'America latina», en *Diritto costituzionale comparato*, cit., 505 s.); en España y Portugal (art. 17.4 CE e 31 Constitución portuguesa de 1976). En Italia vid. la *riserva di legge* y *di giurisdizione* previstas en el art. 13.3 de la Constitución. Vid. PACE A. (1974), «Libertà personale (diritto costituzionale)». *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milán, 311 y ss.; MORTATI C. (1976), *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padua, 1043 y ver nota 1.

ración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el constitucionalismo liberal<sup>25</sup>, y arriba al *constitucionalismo contemporáneo*: la *constitución rígida y garantizada* como fundamento y tutela de los derechos fundamentales, la *internacionalización* de tal tutela; la previsión de mecanismos supranacionales para su protección<sup>26</sup>.

Los conceptos de *libertad*, *límite*, *garantía* han sido diferentemente recibidos en los singulares ordenamientos constitucionales<sup>27</sup>. Tales conceptos, aun representando las «invariantes» en la «vicisitud histórica de los derechos»<sup>28</sup>, han originado una pluralidad de modelos de protección.

En el Reino Unido, —donde «*Liberty is to be supposed*» y «in cases where the Sovereign has prescribed no rule, there the Subject hath the liberty to do, or forbear, according to his own discretion»<sup>29</sup>— la limitación de los derechos puede

<sup>25</sup> Sobre la influencia del constitucionalismo inglés en la tradición político-constitucional estadounidense vid. WARD L., *The Politics*, cit., 209 ss., 327 ss. y PATRONO M., «Un nuovo soggetto della politica: «We, the People», en *Studiando i diritti*, cit., 46. En el sentido de que la Declaración de 1789 se inspire a las *Charters* americanas (y, concretamente, al *Virginia Bill of Rights* de 1776) vid. G. JELLINEK 2002, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, coordinado por D. Nocilla, Milán, 2002, 39 ss. Vid. también FROSINI T.E. (2008), «I diritti dichiarati sul serio», en FROSINI T.E. (coord.), *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino*, Macerata, 2008, III; MORBIDELLI G. (2009), *La Costituzione*, en MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M. (coords.), *Diritto pubblico comparato*, Turín, 6 s. Sobre la «herencia» de la Declaración de 1789 vid. JELLINEK G. (1949), *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1919), Tübingen, 1 ss.

<sup>26</sup> Sobre el concepto de *Constitución rígida y garantizada* como concepto «moderno» y «jurídico» de *Constitución* vid. PEDRAZZA GORLERO M., *Dalla Costituzione*, cit., 397 ss., 400; ID. (2009), *Il patto costituzionale. Potere e diritto fra protezione e obbedienza*, Padua, 176 ss. En el sentido de que la *Constitución rígida* fundamenta y garantiza los derechos fundamentales vid. CARETTI P. (2002), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Turín, 15 s.; RIDOLA P., *Diritti fondamentali*, cit., 112 ss. Para una evaluación de la «internacionalización» de su tutela vid. CARETTI P., *op. cit.*, 439 ss., PINELLI C. (2002), *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 59 ss.; PALERMO F., «La produzione giuridica e sistemi delle fonti», en *Diritto costituzionale comparato*, cit., 844 ss.; SALERNO G.M., «Il costituzionalismo oltre lo Stato», en *Studiando i diritti*, cit., 105 ss.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, las libertades proclamadas en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos «appartenevano alla tradizione storica della *Common Law*, ma che gli americani consideravano ormai ... patrimonio di una non calpestable ragione universale» (BOGNETTI G. (1998), *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, Turín, 22). Vid. además RUFFINI F. (1975), *Diritti di libertà*, con estudio preliminar y notas de P. Calamandrei, Turín, 27.

<sup>28</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., p. 11.

<sup>29</sup> T. HOBBS, *Leviathan*, a cura di R. Tuck, Cambridge 1996, Cap. XXI, 111-113, respectivamente p. 152 y p. 150. Sobre este punto cfr. A. PACE, *Libertà personale*, cit., p. 294 y M. PATRONO, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla Rule of Law all'Human Rights Act 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, en *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 218.

darse *solo* con base en «específicas disposiciones de ley»<sup>30</sup>. Su garantía se apoya sobre la *Rule of Law*, a la que se someten los poderes públicos, también el Soberano, que «is not able to change the laws without the assent of his subjects»<sup>31</sup>.

La *Rule of Law*, fundada sobre la *immemorial antiquity* de la *Law of the Land*, y amparada por el poder judicial<sup>32</sup>, viene a coincidir, después de la *Gloriosa Revolución*, con la *supremacía del Parlamento* y la ley. Tal evolución del ordenamiento no incide sobre la protección de los derechos: las libertades continúan encontrando fundamento en la *Law of the Land*; la garantía jurisdiccional de los derechos queda confiada a los Tribunales de *Common Law*, que aplicarán la *Law of the Land* y la ley del Parlamento; al Soberano, limitado en cuanto sometido a la *Lex Angliae*, le sucede el Parlamento —un poder igualmente soberano— que hereda el «poder del rey de obra y a favor del cuerpo de los representantes del pueblo», haciendo «del rey un sujeto de la Constitución democrática»<sup>33</sup>. Sin embargo, la supremacía del Parlamento no trasforma el *King in Parliament* en un poder arbitrario. El Parlamento es tal porque es un poder supremo consentido: «the *Liberty of Man, in Society*, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Commonwealth, nor under the Dominion of any will, or Restraint of any Law, but what the legislative shall enact, according to the Trust put in it»<sup>34</sup>. El Parlamento es el *garante político* de las libertades de los ciudadanos, en cuanto legitimado por consenso a limitarlo. La *Rule of Law*, que ya deriva de un Parlamento soberano que asegura la «participación de la sociedad civil en la dirección política del país»<sup>35</sup>, asegura, para el trámite judicial, la protección de los derechos ante la Corona: de un poder público frente a otro poder público.

Tales «invariantes» se encuentran también en los Estados Unidos y en Francia, donde es evidente la influencia del iusnaturalismo. En los Estados Unidos,

<sup>30</sup> G. MORBIDELLI, *La Costituzione*, cit., p. 51.

<sup>31</sup> SIR J. FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, in *On the Laws and Governance of England*, a cura di S. Lockwood, Cambridge 1997, Cap. IX, p. 17. Sobre la *Rule of Law* cfr., además de A.V. DICEY, *Introduzione*, cit., p. 153 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, p. 116 ss. y A. TORRE, *Il Regno Unito*, en *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 72 s.

<sup>32</sup> Cfr. S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, Bologna 1994, p. 165; M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit. p. 18. Sobre la subordinación del Rey inglés a la *Law of the Land* cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, p. 89 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I, *Antichità e medioevo*, a cargo de C. Faralli, Bologna 2001, p. 191 ss.

<sup>33</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, *Dalla Costituzione*, cit., p. 396.

<sup>34</sup> J. LOCKE, *The Second Treatise on Government*, en *Two Treatises on Government*, a cargo de P. Laslett, Cambridge 1988, Cap. IV, 22, p. 283. Cfr. también M. PATRONO, *La forza dei diritti*, cit., p. 217, para el que «la función de garantía de los derechos en relación con la Corona, que históricamente es su enemigo principal, está confiada a las manos del Parlamento, que la ejerce en vía primaria» revistiendo de tal modo un «rol de garantía suprema de los derechos».

<sup>35</sup> G. BOGNETTI, *Lo spirito*, I, cit., p. 17.

los derechos naturales son positivizados con su proclamación, que «marca los límites en los que la acción del Estado puede desarrollarse»<sup>36</sup>. Los derechos encuentran la propia garantía en la Constitución, un *covenant* protegido por el control de constitucionalidad<sup>37</sup>. La Constitución está *en función de la garantía de todos los derechos*, también si no son expresamente enunciados: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people»<sup>38</sup>.

En Francia, la constitucionalización de los derechos naturales sigue la refundación del orden jurídico-político, donde la Nación, soberana e indivisible, opera en el mundo del derecho a través del Estado, que expresa con la ley la *volonté générale*. Los derechos «naturales», una vez proclamados, son confiados a los poderes constitutivos y sujetos al límite «sistémico»: «l'exercice des droits naturels ... n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droit. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi »<sup>39</sup>.

Consideraciones análogas valen para la teoría de los *derechos públicos subjetivos*<sup>40</sup>, para el planteamiento que califica los derechos como factores de integración del ordenamiento<sup>41</sup> y para las *constituciones del pluralismo*: la configuración de los derechos como *Reflexwirkungen* o como autolimitación del Estado en el ordenamiento jurídico<sup>42</sup>, su actitud integrativa también respecto a los valores, a veces en contraste, que tales constituciones engloban<sup>43</sup>, no inciden, de hecho, sobre la dialéctica libertad-límite y, por tanto, sobre su *contenido material*.

<sup>36</sup> T.E. FROSINI, *I diritti*, cit., p. XIV. Sobre este punto cfr. G. AMATO, *Libertà*, cit., p. 274 ss.

<sup>37</sup> Sobre la idea de *covenant*, propia del pensamiento religioso-político puritano y sobre su influencia en el constitucionalismo estadounidense cfr. R. POUND, *Lo spirito della «Common Law»*, a cargo di G. Buttà, Milano 1970, p. 41 ss.; G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti*, cit., p. 77 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, a cargo de C. Faralli, Bologna 2001, p. 239 ss.

<sup>38</sup> Cfr. II X Emendamento. Sobre este punto cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito*, I, cit., p. 70 y nota 3.

<sup>39</sup> Art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 555 para la ley como límite del ejercicio de las libertades y «garantía de que los individuos no podrán ser más sujetos a alguna forma de autoridad que no sea el legislador intérprete legítimo de la voluntad general».

<sup>40</sup> Cfr. C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, a cargo de P.L. Lucchini, Milano 1971, p. 132; G. JELLINEK, *System*, cit., p. 67 ss.; Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, en *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, a cargo de V.E. Orlando, I, Milano 1897, p. 111 ss.

<sup>41</sup> Cfr. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, a cargo de F. Fiore y J. Luther, Milano 1988, p. 241 ss.

<sup>42</sup> Sobre los derechos como la *Reflexwirkungen* cfr. C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, cit., p. 203 s. Sobre el concepto de «autolimitación» cfr., también a G. JELLINEK, *System*, cit., p. 67 ss., A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, en *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, p. 3, 5 s., 7.

<sup>43</sup> Sobre las constituciones democrático-pluralísticas cfr., entre otros, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 9 s.; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, en *Quad. cost.*, 2007, p. 16, 22 ss., 29 ss.

El concepto de derecho como relación libertad-límite pone en común también los sistemas de tutela de los derechos fundamentales CEDH y europeo. Respecto a este último, dicho concepto de derecho es comunicado mediante el reclamo a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y a la CEDH que, como principios generales del derecho europeo, constituyen un reclamo después codificado en los tratados (art. 6, c.II, TUE) y en la Carta de los derechos fundamentales, como confirma la cláusula limitativa general del art. 52, c. I. Un enfoque libertad-límite, como el de la Carta, análogo a las cláusulas horizontales de limitación de los derechos previstas en las más recientes Constituciones liberaldemocráticas: las de Canadá, Sudáfrica y Suiza, y también de la *Bill of Rights* de Nueva Zelanda e Israel<sup>44</sup>.

#### 4. LA INCIDENCIA DEL PATRIMONIO AXIOLÓGICO DE LOS ORDENAMIENTOS DE LA INTEGRACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL INTEGRAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Comprobado que el concepto de derecho es común también a los sistemas supranacionales de protección, se trata ahora de verificar si el nivel máximo de garantía define el contenido del «estatuto» europeo de los derechos fundamentales.

Para definir el nivel integral de tutela no concurren las cláusulas de coordinación (art. 52 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales y art. 53 CEDH) ya que esas no se proponen conseguir la *tutela integral*, sino la progresiva elevación de la relativa garantía<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Art. 1 *Constitution Act* 1982 Canada, 36 Cost. Sudáfrica, 36 Cost. Suiza; 5 *New Zealand Bill of Rights Act* 1990; 4 *Basic Law: Freedom of Occupation* e 8 *Basic Law: Human Dignity and Liberty*. Sul punto cfr. G. TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, en *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, a cargo de G. Rolla, Milano 2000, p. 83 ss., 95 ss.; S. NAVOT, *Le libertà fondamentali*, en *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, a cargo de T. Groppi, E. Ottolenghi y A. Mordechai Rabello, Torino 2006, p. 146 ss.; V. FEDERICO, *Sudafrica*, Bologna 2009, 129 s.; L. LANZONI, *Problemi e tecniche della sospensione dei diritti fondamentali: recenti tendenze in prospettiva comparata*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1101 s.; cfr. R. J. SCHWEIZER, Art. 36, in *Die schweizerische Bundesverfassung*, a cargo de B. Ehrenzeller, P. Mastronardi, R.J. Schweizer, K. A. Vallender Zürich-St. Gallen, Zürich-Basel, Genf 2008, p. 727 ss. Sull'art. 52, c.I, Carta cfr. A. PACE, *A che serve*, cit., p. 204 ss.; T. GROPPI, *sub Art. 52*, en *L'Europa dei diritti*, cit., p. 351 ss.; A. FERRARO, *Le disposizioni finali*, cit., p. 534 ss.; L. LANZONI, *Tutela e limitazione dei diritti dell'uomo nell'art. 52 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, en *Corti costituzionali*, cit., p. 371 ss.

<sup>45</sup> Así A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione?*, *I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, en *Dir. pubbl.*, 2001, p. 883.

No obstante, no parece que se pueda sostener que las cláusulas de coordinación intervengan donde se de un *overlap* entre los ámbitos de aplicación de las Cartas, con el fin de «evitar potenciales conflictos»<sup>46</sup>.

En primer lugar, porque la Carta de los derechos fundamentales, como ya se ha dicho<sup>47</sup>, encuentra su aplicación más allá de las instituciones y las actividades indicadas en el art. 51, según módulos que reclaman la *incorporation* típica de las disposiciones federalistas<sup>48</sup>. En segundo lugar, porque las Cortes constitucionales, con el fin de evitar los conflictos, recurren a otras técnicas de juicio, como citas de la jurisprudencia europea y TEDH en las motivaciones de las decisiones —así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional checo y, recientemente, el Tribunal federal suizo— o a la interpretación conforme<sup>49</sup>. En fin, porque, como se ha recordado, en la relación libertad-límite, la libertad no cambia al cambiar los límites: los límites, entonces, no pueden desnaturalizar el límite sustantivo que se opone, como *contralímite*, a su obrar.

Lo que parece oponerse a la inherencia de la tutela integral al «estatuto europeo» de los derechos fundamentales es el *límite estructural*, identificado de varias formas en los diferentes ordenamientos: sea porque cada ordenamiento lo articula de modo diferente, previéndose, por ejemplo, un límite para cada derecho (Alemania, Italia, España, TEDH) o una cláusula limitativa general (Carta de los derechos fundamentales); sea porque cada sistema de protección delinea la relación libertad-límite de conformidad con el propio patrimonio axiológico.

No por casualidad el área de las libertades está máximamente vigilada por los contralímites —opuestos, ya, por los principales Tribunales Constitucionales nacionales: italiano, alemán, irlandés, danés, etc.<sup>50</sup>—. Los contralímites no operan donde el nivel de protección de la Carta sea similar a aquel ofrecido por las Constituciones nacionales —las finalidades de la integración coincidiendo con los valores expresados en las mismas Constituciones. En caso de que, en cambio, el nivel de tutela europeo no corresponda con el estatal, reemergerá la «separación como regla de las relaciones entre derecho europeo y derecho interno»<sup>51</sup>. En definitiva, la axiología de la que es portador un contralímite a la integración se ma-

<sup>46</sup> M. CARTABIA, *sub Art. 53*, en *L'Europa dei diritti*, cit., p. 363.

<sup>47</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>48</sup> Cfr. M. CARTABIA, *sub Art. 51*, cit., p. 346 ss.; ID, *L'ora dei diritti*, cit., p. 25 ss.).

<sup>49</sup> Sobre la República Checa cfr. A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, en *Corti nazionali*, cit., p. 131. Sobre Suiza cfr. TEDH, sent. 20 enero 2011, ric. n. 31322/07, *Haas c. Suisse*, en *www.echr.int*. Un comentario de la sentencia cfr. D. BUTTURINI, *Note a margine di Corte E.D.U.* Haas contro Svizzera, en *www.rivistaaic.it*, n. 3/2011, p. 1 ss.

<sup>50</sup> Sobre las decisiones de los Tribunales nacionales que han acogido la teoría de los CONTRALÍMITES cfr. G.F. FERRARI, *Introduzione*, en *Corti nazionali*, cit., p. XIV.

<sup>51</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano 2010, p. 49.

nifiesta en el momento de las relaciones entre ordenamientos. En el diálogo entre los Tribunales, la limitación de un derecho tutelado *también por otro mecanismo de protección*, evidencia la imposibilidad de superponer límites estructurales, porque responden a diferentes axiologías.

No de forma diversa sucede en las relaciones entre Constituciones y CEDH: así el *Bundesverfassungsgericht*<sup>52</sup> y el Tribunal Constitucional italiano, que ha aplicado los contralímites en el sentido de la *integración*: si el nivel de protección «constitucional» es más elevado, encontrará aplicación puesto que tal «hipótesis es considerada expresamente compatible en la misma Convención europea en el art. 53»<sup>53</sup>. Si el Tribunal reconoce que la tutela nacional es inferior, se procederá a la *elevación* de la garantía nacional hacia el nivel convencional de garantía.

Con lo cual el carácter «relacional» de los contralímites viene a apreciarse en el momento en que los Tribunales cumplen con la función de hacer sustancialmente idéntica la tutela de los «propios» derechos fundamentales con los mismos derechos garantizados por el resto de los ordenamientos. El juicio de los Tribunales puede, por lo tanto, ejecutarse hasta exceptuar no la libertad, sino la operatividad del límite «estructural» del resto de los ordenamientos, esto es, para hacer prevalecer el más elevado nivel de protección en la relación libertad-límite «estructural»<sup>54</sup>.

No se quiere, por lo demás, negar la posibilidad de conseguir la *tutela integral* y su inherencia al estatuto europeo de los derechos fundamentales. Se tratarán de individualizar las modalidades para llevar a cabo la convergencia de los Tribunales so-

<sup>52</sup> F. PALERMO, *Il Bundesverfassungsgericht e la teoria «selettiva» dei controlimiti*, en *Quad. cost.*, 2005, p. 184, en relación a BVerG, ord. 14 ottobre 2004, 2 BvR 1481/04.

<sup>53</sup> Cfr. Corte costituzionale italiana, sent. n. 311/2009, en *Giur. Cost.*, 2009, p. 4657 ss., 4672, con observaciones de M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*. Cfr. también la sentencia n. 317/2009, en *Giur. cost.*, 2009, p. 4747 ss., con observaciones de G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciante*, y F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*. Sobre este punto cfr. D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 317 del 2009, ivi*, 2010, p. 1821.

<sup>54</sup> Piénsese nuevamente en el *Bundesverfassungsgericht* en la decisión sobre el mandato de arresto europeo (cfr. críticamente F. PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 897 ss. y C. VIDAL PRADO, *Alemania*, in *Justicia constitucional y Unión Europea*, a cargo de J. Tajadura e J. De Miguel, Madrid 2008, p. 75 ss.) o en la reciente *Lissabon-Urteil*, donde el Tribunal Constitucional reafirma una concepción «alemana» de la democracia representativa, denotativa de su identidad constitucional: cfr. BVerGE, 123, 267, en *Juristenzeitung*, 2009, 890 ss. En doctrina cfr., entre otros, F. PALERMO, J. WOELK, «*Maastricht reloaded*»: *il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, pp. 1031-1032.

bre el *nivel máximo de garantía* de los derechos. Nivel de garantía que es *común*, porque expresa un grado de tutela de un mismo derecho sujeto a límites *axiológicamente orientados*; e *integral*, ya que consigue la coincidencia entre estatuto teórico del derecho y su protección, homologando las garantías nacionales, europeas y CEDH al más elevado nivel sustancial de protección del derecho como lo es la formulación en las Constituciones y en las Cartas supranacionales. En otras palabras: en la dialéctica libertad-límite se realiza la *máxima retracción* de los límites estructurales (convencional, nacional y europeo), y la máxima expansión del área se transmitirá mediante las cláusulas de coordinación a los otros mecanismos de protección.

La relación entre Cartas, Tribunales y sistema jurisdiccional integrado, por lo tanto, no es de identidad sino de complementariedad. La tutela integral es común porque yace en el mismo plano: porque es unitario el concepto de derecho; porque los conceptos de *área-límite-garantía* oponen un común límite sustantivo a la operatividad de los límites estructurales<sup>55</sup>.

## 5. EL NIVEL INTEGRAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA APORTACIÓN DEL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES EUROPEOS Y TRIBUNALES NACIONALES

El criterio que preside la convergencia de los Tribunales sobre el nivel integral de tutela puede identificarse en la aplicación, más arriba señalada<sup>56</sup>, de un instrumento técnico en función del alcance de un resultado sustancial. Queriendo distinguir entre instrumentos de tutela enunciados por las *fuentes* y mecanismos de protección elaborados por los Tribunales, pueden mencionarse, a nivel supranacional, las cláusulas de coordinación intersistémicas y aquellas de correspondencia entre niveles de tutela<sup>57</sup>. A nivel nacional, la elevación del nivel de protección de los derechos consigue, al contrario, la adecuación del derecho interno al derecho convencional. En Austria, por ejemplo, el CEDH ha sido elevado a nivel ejecutivo mediante ley constitucional<sup>58</sup>; en el Reino Unido, la *incorporation* del CEDH se debe a la *Human Rights Act 1998*<sup>59</sup>; en Suecia, el art.

<sup>55</sup> Sobre el concepto de «complanaridad» cfr. M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e giornalisti nella società pluralista: profili costituzionali*, en *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica*, Padova 2006, p. 30.

<sup>56</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>57</sup> Cfr. los arts. 51, 52 y 53 de la Carta y el art. 53 CEDH. Sobre este punto cfr., para todos, D. BUTTURINI, *La tutela*, cit., p. 229 ss.

<sup>58</sup> Sobre este punto cfr. G. PARODI, *Corte costituzionale austriaca e Corti europee*, en *Corti nazionali*, cit., p. 246 ss.

<sup>59</sup> Sobre este punto cfr. G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, p. 125 ss.



II-23 RF dispone que ninguna ley u otra disposición contraria al Convenio puede ser promulgada<sup>60</sup>. El CEDH se convierte, en Austria y Reino Unido, en un *parámetro de constitucionalidad*, en Suecia, en una *norma interpuesta* entre la Constitución y la ley contraria a la Convención<sup>61</sup>. Ello asegura la aplicación del mismo (y más elevado) nivel sustancial de tutela (al mismo tiempo, CEDH y nacional), que, a su vez, eleva el europeo en virtud del art. 52, c.III, de la Carta.

Hay que pensar también en las disposiciones constitucionales que prescriben la interpretación de las normas nacionales sobre los derechos fundamentales en el sentido conforme a la tutela supranacional. Así, el art. 10.2, de la Constitución española que, una vez comprobada la «violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo violación actual de un derecho fundamental consagrado en ... Constitución», acoge el nivel convencional de protección, para después hacerlo valer ante el *Tribunal Constitucional* «como juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales»<sup>62</sup>.

No de forma distinta, en el Reino Unido, el art. 3(1) de la *Human Rights Act 1998*, prescribe que «so far as it is possible to do so primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with Convention rights», asegurando la tutela de los derechos no tanto «en base a la *lex Angliae*» sino al CEDH<sup>63</sup>. Los Tribunales, además, «must take into account any judgment, decision, declaration or advisory opinion» del Tribunal de Estrasburgo<sup>64</sup>, también pronunciando una «declaration of incompatibility», para transmitir al Gobierno, con el fin de que, respetando la *sovereignty of Parliament*, asuma la iniciativa legislativa para «homologar» la legislación nacional sobre el nivel de tutela convencional, donde no pueda realizarse mediante la interpretación conforme<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Sobre este punto cfr. F. DURANTI, *Corti nordiche e Corti europee: armonia e dialogo nell'integrazione internazionale e sovranazionale*, en *Corti nazionali*, cit., p. 9 y s.

<sup>61</sup> Cfr. L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino 2002, p. 156.

<sup>62</sup> Cfr. STC 197/2006, FJ 3.

<sup>63</sup> Cfr. A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna 2006, p. 59. Cfr. también M. PATRONO, *La forza dei diritti*, cit., p. 231; L. MONTANARI, *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, en *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli 2009, p. 466 ss. Se trata de un canon hermenéutico aplicado por los jueces británicos a partir de los años setenta del siglo pasado: cfr. el art. 2 *European Communities Act 1972*. Cfr. M. PATRONO, *I giudici inglesi e le Corti europee*, cit., p. 53 ss.

<sup>64</sup> Art. 2 (1) *Human Rights Act 1998*. Cfr. G.F. FERRARI, *La Convenzione europea*, cit., p. 132.

<sup>65</sup> Art. 4 *Human Rights Act 1998*. Sobre este punto cfr. L. MONTANARI, *La difficile definizione*, cit., p. 467. Pone en evidencia cómo «The Human Rights Act ... preserves the sovereignty of parliament, but provides for Parliament, ministers and the courts, to play a much more important role in the protection of human rights than hitherto», V. BOGDANOR, *The new British Constitution*, Oxford and Portland (OR) 2009, p. 68.

También en Irlanda la ley ordinaria (*European Convention on Human Rights Act 2003*) de adecuación del ordenamiento nacional al CEDH ha impuesto a los jueces el deber de interpretar la ley estatal conforme a las *Convention provisions* y, en caso de contraste entre niveles de protección, pronunciar una «declaration of incompatibility», que no incide sobre la validez de la ley, sino que habilita a solicitar una indemnización por los daños sufridos a causa de la ley incompatible con el Convenio<sup>66</sup>.

En la presentación de los mecanismos normativos se ha introducido el rol de los *Tribunales* en la realización de la tutela integral. La obligación de interpretación conforme —afirmada por el Tribunal de Justicia<sup>67</sup>— se deriva del principio del primado que opera a favor también de la Carta y del nivel integral de protección por ella establecido. No porque el art. 53 obre «en una perspectiva de *excepcional limitación*» del propio *ámbito de aplicación*»<sup>68</sup>; sino por una razón más sustancial: porque la Carta homologándose al máximo grado de tutela, la vuelve jurídicamente obligatoria como nivel de protección que es *común* a la Unión y a los Estados miembros.

En cuanto al CEDH, la obligación de interpretación conforme que se ha establecido a nivel normativo en numerosos ordenamientos, se ha afirmado en otros por obra de los Tribunales: en Alemania —donde tal obligación se proclama por el *BVerG* a partir del art. 20, apartado 3, *GG*<sup>69</sup>—; en Italia, donde la exigencia de una interpretación conforme al CEDH de las disposiciones constitucionales en materia de derechos<sup>70</sup>, ha sido reconocida también por el Tribunal Constitucional italiano<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Arts. 2 y 5 *Convention on Human Rights Act 2003*. Cfr. L. MONTANARI, *L'Irlanda ha finalmente incorporato la CEDU?*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1881, 1884-1885.

<sup>67</sup> Cfr. sent. 13 noviembre 1990, c.-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA*. Cfr. G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, en *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, a cargo de S. Panunzio y E. Sciso, Milano 2002, p. 133 ss., 135; A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, en *Dir. un. eur.*, 2008, p. 617 ss.; J.O. FROSINI, L. PEGORARO, *Il «formatore culturale» nella elaborazione e nella applicazione del diritto europeo. L'esperienza del Regno Unito e l'allargamento a Est dell'Unione*, in *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, a cargo de L.S. Rossi y G. Di Federico, Nápoles 2008, p. 97 s., 101 ss.

<sup>68</sup> V. SCARABBA, *Tra Fonti e Corti*, cit., p. 171.

<sup>69</sup> G. CERRINA FERONI, *Karlsruhe, Lussemburgo, Strasburgo: la «Interpretationsverbund» dei diritti fondamentali ... ancora lontana*, en *Corti nazionali*, cit., p. 217.

<sup>70</sup> Cfr. L. MONTANARI, *La difficile definizione*, cit., p. 468, T.E. FROSINI, *Sui rapporti*, cit., p. 358, 360. Sobre este punto cfr. también las contribuciones recogidas en *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Actas del convenio de Milán celebrado el 6-7 junio 2008, a cargo de M. D'Amico y B. Randazzo, Torino, 2009.

<sup>71</sup> Cfr. Corte Costituzionale italiana, sent. n. 311/2009, cit., p. 4671 s. Cfr., entre otras, la sent. n. 93/2010, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1060. Sobre este punto cfr. E. SCISO, *Il principio dell'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la confisca per lottizzazione abusiva*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 131 ss., y F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, *ivi*, p. 648 ss.

A la jurisprudencia constitucional se debe también la activación, en las sentencias n. 348 y n. 349/2007, del mecanismo de la *interposición integrativa* del CEDH respecto al art. 117, apartado 1, de la Constitución, que homologa el nivel nacional de tutela sobre aquel (superior) establecido por el Tribunal de Estrasburgo. No diversamente, en Francia, ha sido el *Conseil constitutionnel* quien ha introducido el llamado *contrôle de conventionnalité* sobre la base del art. 55 de la Constitución, que asigna rango superlegislativo a los tratados internacionales<sup>72</sup>. En otros ordenamientos, son los jueces comunes quienes comprueban si las leyes nacionales respetan el nivel de protección de los derechos del Convenio y, en caso negativo, «desaplican» la ley interna en contraste con el CEDH. Un control «difuso», a diferencia del italiano, pero no por esto menos idóneo para conseguir el nivel integral de tutela, donde el juez común francés —aunque razonamiento análogo puede decirse de los jueces ingleses e irlandeses— es «también» el juez de la compatibilidad del derecho interno con el europeo, situándose en la intersección entre los diferentes niveles de protección.

## 6. NIVEL INTEGRAL DE TUTELA Y ESTÁNDAR MÁXIMO DE PROTECCIÓN

La incidencia del límite estructural representa, como se ha evidenciado<sup>73</sup>, uno de los perfiles más críticos en la determinación del máximo grado de tutela. La consecuencia más relevante de tal incidencia reside en la incorporación al contenido del derecho europeo del límite estructural de un solo ordenamiento, para después aplicar a la libertad un sistema de garantías jurisdiccionales que se querrían comunes a los Tribunales de la integración.

La aposición del límite estructural de un nivel de protección genera un «intercambio» entre las nociones de *tutela integral* y de *estándar máximo de garantía*. La noción de *estándar máximo*, como se ha señalado, indica el grado de garantía del derecho que el sistema jurisdiccional integrado cree que es el más elevado<sup>74</sup>.

El concepto de *estándar* máximo no es asimilable a aquel de tutela integral: el mismo Tribunal de Justicia ha evitado el recurso a tal concepto, prefiriendo el

<sup>72</sup> Cfr. P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris 2009, p. 132 s.

<sup>73</sup> Cfr. *supra*, § 5.

<sup>74</sup> Cfr., por ejemplo, L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, en *Comm. mark. law rev.*, 1998, p. 629 ss.; A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali*, cit., p. 852; D. BUTTURINI, *La tutela*, cit., p. 16 ss.

llamado *punto de mejor integración*, es decir, un nivel de tutela coherente con los límites estructurales-axiológicos de la integración europea<sup>75</sup>.

El nexo entre *estándar* máximo y axiología ordinamental, de hecho, no identifica el contenido del derecho, sino la «medida» de la garantía de nivel más elevado concretamente que puede lograrse en un ordenamiento dado. Dicho de otra manera: el *estándar* máximo es la proyección —la «medida»— del contenido del derecho en los diferentes ordenamientos.

En apoyo de tal planteamiento pueden aducirse las siguientes circunstancias.

La primera circunstancia concierne a la relación entre contenido del derecho fundamental y tuteladas aportadas en la interacción entre sistemas europeos de protección. Propiamente porque es expresivo de uno entre los niveles de salvaguardia del sistema jurisdiccional integrado, el concepto de *estándar* máximo presupone la subsistencia de otros *estándares*. Si, de hecho, el concepto de *estándar* máximo es consecuente, *en un sistema dado de protección*, al menor avance del límite estructural respecto al área de libertad (contralímite o límite sustantivo), el concurso entre más *estándares* se resolverá en un concurso entre un mismo derecho diferentemente tutelado en los varios sistemas de protección. El contenido del derecho, atravesado por los límites estructurales nacionales, europeos y convencionales, viene de tal modo a proyectar en cada ordenamiento un contenido diferente; lo que permite colocar los *estándares* según una progresión del menor al mayor grado de salvaguardia. Como consecuencia de ello, el juez, identificado el *estándar* máximo, lo aporta al sistema jurisdiccional integrado<sup>76</sup>.

En definitiva, el *estándar* máximo no coincide con la tutela integral porque *no se encuentra en el mismo plano que* el sistema jurisdiccional de la integración. En primer lugar, teniendo presente que el *estándar* máximo es a menudo inducido por el caso que da origen al juicio, puede concluirse que queda identificado como concepto «relativo» y «contingente». «Relativo» porque, a diferencia del nivel máximo de garantía, puede decirse *máximo* solo a continuación del juicio de comparación entre más *estándares* de garantía. «Contingente», porque no ha sido dado una vez para todos, sino que está destinado a cambiar al variar las interpretaciones de las normas<sup>77</sup>. En segundo lugar, el *estándar* máximo, determinado por la com-

<sup>75</sup> Cfr. *infra*, § 8. Cfr. N. TOCKER, *La carta dei diritti*, cit., pp 1191-1193: el Tribunal de Justicia después de haber solicitado a los Estados (sent. 16 diciembre 1976, c.-33/76, *Rewe-Zentral-finanzen AG e Rewe-Zentral AG c. Land-wirtschaftskammer für das Saarland*), la garantía de los «derechos un nivel ... de protección» no inferior a aquel nacional, ha abandonado «la doctrina de los *standards*» por «el objetivo más ambicioso de la tutela efectiva».

<sup>76</sup> Sobre este punto cfr. F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 79, 80 ss.

<sup>77</sup> Hay que pensar, por ejemplo, a la determinación de los *estándares* máximos de tutela en el diálogo «a distancia» entre el BVerG y el Tribunal de justicia. Cfr. C. VIDAL PRADO, *Alemania*, cit., p. 49, 57, 58.

paración de un *case by case approach*<sup>78</sup> puede ser sometido a balance con otros derechos, pero el estándar máximo de ellos también está determinado en relación con los límites estructurales de un determinado ordenamiento, según ponderaciones del Tribunal de vez en vez llamado a juzgar el derecho y a obrar en tal sentido.

## 7. ESTÁNDAR MÁXIMO EN EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES EUROPEOS Y NACIONALES

La segunda circunstancia para sostener la no admisibilidad entre *estándar* máximo y tutela integral está representada por las modalidades mediante las que el *estándar* se comunica al sistema jurisdiccional integrado como nivel «común» de garantía de los derechos.

Se trata de una cuestión localizada en más lugares: en relación a los remedios jurisdiccionales, donde, en el diálogo entre los Tribunales, el instrumento procesal está en función de la tutela del derecho sustancial; en relación con el resultado del diálogo, es decir, la convergencia sobre el máximo grado de tutela de los derechos; todavía con referencia al nivel en que se sitúa la tutela integral, realizada mediante las cláusulas de integración interordinamentales, la interpretación conforme, los mecanismos de *contrôles de conventionalité*. Se está en presencia del juicio que homologa el estándar nacional al nivel de salvaguardia proveniente de otros mecanismos de protección<sup>79</sup>.

Es propiamente la homogeneidad teórica del concepto —una relación entre *áreas, límites y garantía*— la que induce el «intercambio» entre la tutela integral y el *estándar* máximo de garantía; para considerar, entonces, que una homogeneidad teórica pueda elevar al nivel de tutela integral lo que puede encontrarse en un único ordenamiento.

El «intercambio» entre los conceptos de tutela integral y de *estándar* máximo es tal que conduce a diferentes apreciaciones del mismo derecho por parte de los distintos sistemas de protección, acreditando la concepción según la cual el estándar es la protección de un único derecho en diferentes ordenamientos.

Hay que pensar, en primer lugar, en el artículo 52, apartado III, de la Carta, donde se establece que los derechos «europeos» tutelados *también* por el CEDH tienen «el significado y alcance... iguales a aquellos conferidos por el... Convenio». Ahora, teniendo presente que el *estándar* máximo de garantía como parámetro de juicio está construido a través del límite estructural, es evidente que tal disposición no excluye que la Unión pueda conceder una protección más —dicho de otro modo: un *estándar* más elevado—; pero ni siquiera obsta la posibilidad de que, en la aplicación del *es-*

<sup>78</sup> Sobre este punto cfr. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, en *Quad. cost.*, 2009, p. 543.

<sup>79</sup> Cfr., respectivamente, *supra*, §§ 1, 4 e 5.

*tándar* máximo recibido por el CEDH, la Unión se atenga al propio sistema de protección, con la consecuencia de que el estándar máximo CEDH, en el ordenamiento europeo, podrá, a causa de la incidencia de los límites estructurales y de la finalidad de la integración, cualitativamente diverger de aquél del Tribunal de Estrasburgo<sup>80</sup>.

En segundo lugar, la no convergencia de los Tribunales sobre el mismo *estándar* de tutela puede producirse después del control por parte del TEDH sobre las decisiones de los órganos jurisdiccionales estatales aplicativas al derecho europeo. No puede negarse que el juez común, en caso de que sea llamado a dar aplicación, opere como juez de la Unión<sup>81</sup>, vinculado al principio de primacía y a la obligación de interpretación conforme y, en materia de derechos fundamentales, a la Carta, a sus explicaciones<sup>82</sup> y a las decisiones tomadas en vía prejudicial por el Tribunal de Justicia. También para querer sostener que la actividad jurisdiccional no pueda adscribirse al concepto de «actuación del Derecho de la Unión», parece que debe admitirse que, en virtud de la presunción de conformidad del nivel de protección de la Unión al CEDH (art. 52, cIII, de la Carta), la *divergencia cualitativa* entre el *estándar* máximo europeo aplicado por el juez nacional y el *estándar* máximo (más elevado) del TEDH implicará un control sobre la decisión del juez orgánicamente nacional pero funcionalmente europeo y, entonces, una *valoración indirecta* por parte de los jueces de Estrasburgo sobre la conformidad de los niveles europeos de protección en ausencia de una adhesión formal de la Unión al CEDH<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Sobre este punto cfr. V. ANGIOLINI, *Carta dei diritti dell'Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, en *Dir. pubbl.*, 2001, p. 931 s. Sobre la incidencia de los límites estructurales del CEDH en la «circulación» de los *estándares* máximos de tutela en virtud del art. 52, c. III, cfr. U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei*, cit., 157 s. Sobre la eventualidad de que se afirmen «interpretaciones distintas, una del Tribunal de Justicia... y otra del Tribunal de Estrasburgo, en orden a los mismos derechos», cfr. M. PATRONO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un passo avanti verso l'Europa unita*, en *Legittimare l'Europa. Diritti sociali e crescita economica*, a cargo de L. Barca y M. Franzini, Bologna 2005, p. 147.

<sup>81</sup> Cfr. R.A. GARCÍA, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, en *Quad. cost.*, 2005, p. 111 ss.

<sup>82</sup> Cfr., en tal sentido, el art. 52, c.VII, de la Carta. Sobre el alcance de las explicaciones elaboradas por el *Praesidium* de la Convención cfr. V. SCJARABBA, *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 59 ss. Para una hipótesis de las «explicaciones» en sede jurisdiccional cfr. Corte costituzionale, sent. n. 138/2010, en *Giur. cost.*, 2010, p. 1627 (con observaciones de R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*), donde se afirma que las «explicaciones relativas a la carta de los derechos fundamentales, elaboradas bajo la autoridad del *presidium* ... no teniendo *status* de ley, representan un indudable instrumento de interpretación».

<sup>83</sup> Sobre este punto cfr. M. PATRONO, *La Carta dei diritti*, cit., p. 136. En el sentido de que el TEDH nunca ha «negado la posibilidad de hacer valer la responsabilidad de los Estados en los casos en los que la violación de las normas del CEDH sea debida a la actuación del derecho comunitario», cfr. L. MONTANARI, *Una decisione del Tribunale di prima istanza fra la CEDU e la Carta di Nizza*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 672.

En tercer lugar, a acrecentar las hipótesis de diferentes apreciaciones del mismo derecho fundamental, contribuye el art. 4, apartado II TUE, según el cual «la Unión respeta la igualdad de los Estados miembros frente a los tratados y su identidad nacional incluida en su estructural fundamental, política y constitucional». La identidad constitucional para conseguir el más elevado *estándar* de tutela de los derechos fundamentales es pues *límite* al ejercicio de las competencias europeas, imponiendo la disposición el respeto al «nivel de protección» estatal de los derechos fundamentales (art. 53 de la Carta), donde sea superior a aquel europeo.

Por otra parte, el *estándar* máximo —y común— de tutela presupone la presencia de una pluralidad de identidades constitucionales. Por un lado, de hecho, el reconocimiento y la garantía constitucional de los derechos originan diferencias en la configuración y en la accionabilidad de los mismos derechos. Piénsese en la previsión, en la Constitución española, junto a los derechos fundamentales, de los «principios rectores de la política social y económica» (arts. 39 y ss. CE), que, teniendo fundamento y raíz en la *fórmula política* del «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE), necesitan de la intervención legislativa para su concreción<sup>84</sup>; o, en la Constitución portuguesa, en la distinción entre «derechos, libertades y garantías» y «derechos económicos, sociales y culturales», y en el conectado (y diferenciado) régimen de garantía<sup>85</sup>.

Por otro lado, no siempre es el mismo juez el que presta la garantía. El ordenamiento constitucional puede no distinguir «las situaciones jurídicas subjetivas constitucionalmente tuteladas por los otros derechos subjetivos» con la consecuencia de que «para obtener justicia, también desde el punto de vista constitucional», se deberá dirigir «al órgano jurisdiccional en cada caso competente según las *normales* reglas procesales»<sup>86</sup>. Piénsese, por ejemplo, en Irlanda, donde el control de constitucionalidad es «difuso», en las manos, pues, de la *High Court* y del Tribunal Supremo; o en Portugal, donde al control difuso de los jueces se une el del Tribunal Constitucional, también perteneciente al orden judicial<sup>87</sup>; o en Italia o Francia —esta última después de la introducción de la *ex-*

<sup>84</sup> En el sentido de que «los principios informadores de la política social y económica no son derechos fundamentales», pudiendo «ser invocados frente a la jurisdicción ordinaria en la sola medida en que lo consientan las leyes los desarrollan», cfr. R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione*, cit., p. 189.

<sup>85</sup> Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, cit., p. 61 ss. En el sentido de que «la particular protección acordada por los “derechos, libertades y garantías” ... no impiden encuadrar también los derechos sociales en la categoría de auténticos derechos fundamentales», cfr. R. ORRÛ, *Il Portogallo*, en *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 286 s.

<sup>86</sup> A. PACE, *Problematica*, cit., p. 190.

<sup>87</sup> Para Irlanda cfr. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino 2007, p. 75. Para Portugal cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, cit., p. 191 ss.

*ception de inconstitutionnalité*<sup>88</sup>—, donde la implicación del juez constitucional en la tutela de los derechos fundamentales es resultado de un *incidente procesal*, y las funciones de «juez de los derechos» queda absorbida en la primaria actividad de asegurar la conformidad con la Constitución de las leyes de actuación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales<sup>89</sup>. En otros ordenamientos —como los de Alemania y España— a la tutela de los derechos concurren los mismos órganos de justicia constitucional<sup>90</sup>.

En fin, diferenciados se encuentran también los interlocutores «nacionales» en el diálogo con los Tribunales europeos: en el ordenamiento italiano, los jueces comunes y el Tribunal constitucional —este último, sin embargo, teniendo reservado, como se ha señalado, la valoración de la compatibilidad con el CEDH del nivel nacional de protección<sup>91</sup>—; en Francia y en el Reino Unido, los jueces comunes, los cuales, como se ha dicho, son al mismo tiempo jueces europeos y titulares del *contrôle de conventionalité*<sup>92</sup>. Tanto es así que, en el ordenamiento francés, la misma *question prioritaire de constitutionnalité* —como ha afirmado el mismo

<sup>88</sup> Cfr. El art. 61-1 Const. Francia, introducido por la *loi constitutionnelle* 23 julio 2008-724. *L'exception de inconstitutionnalité* es disciplinada por la *loi organique* n° 2009-1523. Sobre este punto cfr. P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions*, p. 127 ss.

<sup>89</sup> A. PACE, *Problematica*, cit., p. 191.

<sup>90</sup> En el sentido de que «la *Verfassungsbeschwerde* y ... el *Recurso de amparo*» se confían al juez constitucional en los casos de «supuesta violación de un derecho constitucional», cfr. A. PACE, *Problematica*, cit., p. 190. Sobre las razones que han inducido al constituyente español a introducir el *Recurso de amparo constitucional* cfr. F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, A.J. GÓMEZ MONTORO, M. MEDINA GUERRERO, J.L. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid 2000, p. 123. En el sentido de que en el ordenamiento español «el garante de los derechos fundamentales ... es también, ante todo, el juez ordinario predeterminado por la ley», así que «en la medida en que, funcionalmente, la justicia constitucional es jurisdicción de derechos fundamentales ...» ella «responde a un modelo ... difuso» también porque «el recurso ante el Tribunal Constitucional sólo se prevé en los términos indicados» en la Constitución, cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *Sobre el amparo*, en *La curiosidad*, cit., p. 465 s.

<sup>91</sup> Cfr. Las sentencias n. 348/2007, cit., p. 3475 ss. e n. 349/2007, en *Giur. cost.*, 2007, p. 3535 ss., con observaciones de M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudizi»; A. GUAZZAROTTI, La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.; V. SCIARABBA, Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali. En el sentido del «riaccentramento» de las competencias «europeas» de la Corte Costituzionale, cfr. la sent. n. 28/2010 (in *Giur. cost.*, 2010, p. 358 ss., con observaciones de A. CELOTTO, Venisti tandem! *La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*), donde el Tribunal, por primera vez, acoge una cuestión de legitimidad constitucional, elevada en vía incidental, por la violación del art. 117, c. 1, Cost, mediante la interposición normativa europea no directamente aplicable.*

<sup>92</sup> Cfr. *supra*, § 5. Para Francia, cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil constitutionnel*, cit., p. 335 ss.; Para el Reino Unido cfr. M. PATRONO, *I giudici inglesi*, cit., p. 35 ss.



*Conseil constitutionnell*— no es un obstáculo ni al *contrôle de conventionalité*, ni «à que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union ... fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher quel es dispositions législatives ... soient appliquées dans ce litige», confirmando con ello la participación de los jueces comunes en la determinación del nivel integral de tutela<sup>93</sup>.

## 8. NIVEL INTEGRAL DE TUTELA Y PROTECCIÓN «INTEGRADA»

Una hipótesis posterior de la incidencia del límite estructural sobre el contenido del derecho se da en relación con el llamado *punto de mejor integración*. Se trata de una operación de elaboración de la «esfera europea del derecho a la libertad, no... vinculada por el dato cuantitativo de las previsiones constitucionales», sino por la axiología y por los criterios de ponderación del ordenamiento europeo<sup>94</sup>.

El ordenamiento europeo ha desarrollado un mecanismo de protección de los derechos que se autovincula a su tutela porque ellos son expresivos del contenido sustancial de los principios generales del derecho europeo, son garantizados por la Carta europea de los derechos fundamentales, y también porque son «resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (art. 6 TUE). De lo que se deriva que el ordenamiento europeo participa del *estatuto teórico* de los derechos fundamentales, pero determina un propio *estándar* de tutela que, partiendo de tal estatuto teórico, de la interpretación de las tradiciones constitucionales comunes y del CEDH, se identifica como el *mejor nivel de garantía* alcanzable en la ponderación entre derechos y finalidad de la integración. Es, además, un grado inderogable y obligatorio de tutela que se impone, en virtud de la primacía, a los Estados miembros.

De indudable relieve son las adquisiciones que el *punto de mejor integración* obtiene en el diálogo entre jueces nacionales y Tribunal de Justicia. En primer lugar, el ordenamiento europeo determina el nivel inderogable de garantía como *límite sustantivo* común que se opone también a los límites nacionales: un *límite a la*

<sup>93</sup> Cfr. *Conseil constitutionnel*, Déc. 2010-606 Dc, n. 14. La decisión del *Conseil* se coloca, como se ha señalado, en el ámbito de un asunto procesal que ha visto la *Cour de Cassation* francesa al elevar una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con el TUE de la prioridad asignada por la legislación francesa a la *question de constitutionnalité*, respecto al reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia. Sobre este punto cfr. D.-U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 230 ss. e 233, donde se evidencia que tal decisión constituye un ejemplo de interpretación conforme al derecho francés del derecho europeo.

<sup>94</sup> D. BUTTURINI, *La tutela*, cit., pp. 16-17; ID., *La partecipazione*, cit., p. 1820.

*desnaturalización del derecho*, y derogable *in melius*, a nivel estatal, a favor del más elevado nivel de salvaguardia.

En segundo lugar, el *punto de mejor integración* se relaciona también con el CEDH: sea porque la *construcción* de los derechos europeos se alimenta, además de las tradiciones constitucionales, también de la disciplina convencional; sea porque la correspondencia entre niveles de protección (art. 52, c.III, de la Carta), «hace que la técnica de ponderación de la relación libertad-límite del CEDH tenga primacía sobre la Carta hasta el momento en el que esta última no presente un *surplus* de tutela»<sup>95</sup>.

El mayor punto de integración no coincide con la tutela integral, ya que el nivel de protección europeo no necesariamente coincide con la máxima expansión de la libertad respecto de sus límites. Lo demuestra el hecho de que los Estados miembros están habilitados para derogar a ese nivel elevando la relativa tutela; lo indica también la circunstancia por la que ese nivel es siempre un *estándar* de tutela. Con ello no se excluye que el punto de mejor integración pueda también coincidir con la tutela integral, donde, por hipótesis, ella, determinada por el TEDH, se transmite, por medio del art. 52, c. III, de la Carta, al ordenamiento europeo.

El «intercambio» entre punto de integración y tutela integral está determinado, en definitiva, por una valoración del diálogo entre los Tribunales respecto de la sola prospectiva de la Unión Europea.<sup>96</sup> Análogamente al *estándar* máximo, el mejor punto de integración no busca el nivel integral de garantía, pero delinea un *estándar* obligatorio para los Estados puesto que es mínimo, y como tal más restrictivo respecto a eventuales *surplus* de garantía establecidos a nivel nacional.

## 9. APLICACIONES DEL CONCEPTO DE NIVEL INTEGRAL EN LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS

Los resultados a los que se ha llegado al examinar las nociones de *estándar* máximo de tutela y de *punto de mejor integración* evidencian los elementos críticos conectados con la determinación del nivel integral de tutela de los derechos en el diálogo con los Tribunales de la integración.

Tales elementos críticos derivan de la circunstancia de que las técnicas de juicio examinadas, consintiendo codeterminar el nivel máximo de garantía, no sustraen el diálogo entre los Tribunales a la contingencia y a la relatividad en la apreciación del mismo derecho.

<sup>95</sup> D. BUTTURINI, *La tutela*, cit., p. 241.

<sup>96</sup> Cfr., en este sentido, U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 153.

Se ha visto también que a tal contingencia no le es extraña la incidencia del límite estructural, del que derivan las nociones de *estándar* máximo y *punto de mejor integración*, originando el «intercambio» entre estos conceptos y el de la tutela integral. Conceptos contingentes, se ha afirmado, porque, cuando también se comparten por los otros instrumentos de protección, *estándar* máximo y punto de mejor integración se elaboran al amparo de las finalidades de los distintos ordenamientos y no en relación a las finalidades «comunes», las cuales solo determinan el estatuto «europeo» de los derechos fundamentales.

Sin embargo, también para querer acoger las nociones de *estándar* máximo y de *punto de mejor integración* como idóneas para lograr una progresiva elevación del nivel de protección integrado<sup>97</sup>, debe resaltarse que el *estándar* máximo no lleva a cabo de por sí la plena garantía del derecho, porque la valoración de la relación libertad-límite que se encuentra en la base está *axiológicamente orientada* según los fines de un solo ordenamiento. El límite estructural, entonces, no está situado sobre el grado de tutela situado en el mismo plano: el punto de retirada de todos los límites estructurales-axiológicos sobre el contralímite sustantivo del derecho. Por otro lado, como confirmación de la no asimilabilidad entre los dos conceptos, puede recordarse que, en el estatuto europeo de los derechos fundamentales, la tutela integral es la plena realización de la propia garantía mediante la tutela jurisdiccional; en el concepto de *estándar*, al contrario, la tutela integral es un *plus-valor* respecto al grado de tutela afirmado por uno de los sistemas de protección de los derechos fundamentales.

Se tratará, entonces, de verificar cómo el nivel integral de tutela viene asegurado por los Tribunales y cómo recomponer las diferentes proyecciones ordinamentales del mismo derecho.

La operación metodológica se invierte: la identificación del grado integral de salvaguardia ya no procede más de la determinación del *estándar* máximo o de la tutela prestada en cada ordenamiento, sino que se basa en los conceptos de derecho, libertad y límite que han sido examinados, para indentificar la máxima garantía como elemento constitutivo del estatuto de los derechos fundamentales.

Ya han sido trazadas las coordenadas dentro de las cuales se diseña como unitario el «estatuto supranacional» del derecho fundamental: unitario es el concepto de derecho; y común a todos los ordenamientos es la tutela integral del derecho. En otras palabras, una relación libertad-límite que tiene un propio límite estructural compartido por los ordenamientos nacionales, el ordenamiento europeo y por el CEDH.

Si, entonces, el grado de salvaguardia del derecho es único y el límite estructural «europeo» es común a los varios sistemas de protección, la identifica-

---

<sup>97</sup> Cfr. *supra*, § 4.

ción del juez habilitado para declarar el máximo grado de garantía se tendrá aplicando la lógica de la *integración*.

Ahora, si recordamos que las Cartas prevén mecanismos de coordinación entre los ordenamientos; que los Tribunales de la integración han elaborado técnicas de juicio mediante las cuales identificar el nivel integral de tutela de los derechos fundamentales; que, en fin, a los instrumentos de individuación del nivel integral de garantía pertenecen, sea el criterio hermenéutico de la *interpretación conforme* —que, «teorizado» en las *rules of presumption, interpretation e instruction* por los Tribunales nórdicos, es cultivado casi por todos los jueces nacionales<sup>98</sup>—, sea la apelación, en las decisiones judiciales, a los pronunciamientos de los otros Tribunales de la integración; parece poderse afirmar que la tutela integral está definida por el juez que da aplicación como tutela común del mismo derecho enunciado de forma distinta en las Constituciones y en las Cartas supranacionales. Cualquiera que sea el juez, al derecho le será reconocido el mismo (y máximo) nivel de garantía.

La determinación del juez de la tutela integral se sitúa entre el Tribunal que la declara y la comunica al sistema jurisdiccional integrado y aquella que declara la obligatoriedad de tal grado de garantía como vínculo, propio o de otro juez.

Así, en la decisión *Tanja Kreil*, el Tribunal de Justicia no solo ha introducido el nivel integral de tutela del derecho a la igualdad en relación con la diferencia de género en el sistema jurisdiccional integrado, sino que lo ha declarado *como grado máximo de salvaguardia* al cual homologar *también* el alcance de las disposiciones nacionales de rango constitucional, imponiéndolo a todos los jueces de la integración<sup>99</sup>. El Tribunal de Justicia ha vuelto a incluir en la esfera de aplicabilidad del principio «europeo» de igualdad un grado de tutela más elevado que el nacional. El nivel integral de salvaguardia establecido por el juez europeo, al incidir sobre una disposición de rango constitucional ha comportado, por así decirlo, la «nacionalización» del contralímite sustantivo europeo mediante la revisión del art.12a GG<sup>100</sup>.

Más numerosas son, sin embargo, las decisiones en las que los jueces, elaborado en otro lugar el máximo grado de tutela, declaran la homologación a tal grado de integración. Piénsese en las decisiones del Tribunal constitucional que aplican el grado CEDH de garantía integral del derecho a conseguir interpretando la dispo-

<sup>98</sup> Cfr. *amplius* F. DURANTI, *Corti nordiche*, cit., p. 10 ss., 31 ss.

<sup>99</sup> Como caso concreto, respecto al art. 12a, c. 1 e c. 4, *Grundgesetz*, limitativa de la igualdad de género en la prestación del servicio militar. Cfr. Tribunal de Justicia, sent. 11 de enero de 2000, c.-285/98, *Tanja Kreil* cit. Cfr. E. DI SALVATORE, *Forze armate e libertà di lavoro delle donne, tra diritto comunitario e Grundgesetz: il caso Kreil*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 767 ss.

<sup>100</sup> *Ibidem*. El art. 12a, c. 4, GG ha sido de hecho modificado «im Sinne der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs» por la ley de revisión constitucional del 19 diciembre de 2000, BGBl. 2000, S. 1755 (G. GORNIG, *Art. 12a*, en *Kommentar zum Grundgesetz*, v. Mangoldt -Klein-Starck, München 2010, 1246 ss., 1248).

sición nacional en modo «conforme a la nacional, hasta donde sea consentido por el texto de las disposiciones en cuestión y valiéndose de todos los normales instrumentos de hermenéutica-jurídica»<sup>101</sup>; y solo donde no sea posible componer en vía interpretativa la antinomia, elevar la cuestión de legitimidad por violación del artículo 117, c. 1, Cost. mediante la *interpuesta* ley de ejecución del CEDH.

Otras veces, donde estén juego valores constitucionales irrenunciables también expresivos de los principios de estructura del ordenamiento europeo —por ejemplo, el derecho a la paridad de retribuciones sin diferencia de género por un trabajo equivalente—, la interacción entre los Tribunales operará en el sentido de declarar, si ya existe, el nivel integral de tutela como agente de un principio «constitucional», nacional y europeo, y de pretender la aplicación por parte de los respectivos órdenes jurisdiccionales. Un grado obligatorio de tutela que, como en el caso *Commissione c. Grecia*<sup>102</sup>, está ya operativo en los ordenamientos de la integración y que el Tribunal de Justicia se propone hacer inderogable tanto a nivel europeo, como a nivel nacional.

Una última consideración concierne, en fin, a la aplicabilidad del nivel integral de garantía donde se pongan de relieve derechos fundamentales europeos que se superpongan a situaciones jurídicas expresivas de las *identidades constitucionales* de los Estados miembros, no modificables ni por el legislador, ni por el juez nacional, ni por el europeo en virtud del artículo 4 del TUE, por el que la Unión es apelada para respetar la «identidad nacional insita en su estructura fundamental, política y constitucional» —la cual se erige como límite de las competencias europeas porque es expresión de un nivel de protección de los derechos que delimitan la identidad estatal. Si el derecho fundamental «nacional» que ambiciona la tutela integral es denotativo de la identidad constitucional del Estado, no parece impropio sostener que pueda recurrirse, por parte de los jueces nacionales, a la cuestión prejudicial; también por parte de los Tribunales constitucionales, como estos han mostrado en muchas ocasiones<sup>103</sup>.

Más precisamente, la proposición de la cuestión prejudicial parece poder contribuir a provocar un pronunciamiento sobre la interpretación —o sobre la validez— de los actos europeos que inciden sobre las identidades constitucionales, con el fin de valorar la compatibilidad con tales identidades.

No es por lo tanto un conflicto que, «hasta donde es posible, se resuelve con el hecho mismo de negar la subsistencia»<sup>104</sup>; sino una tutela jurisdiccional inte-

<sup>101</sup> Corte costituzionale, sent. n. 311/2009, cit., p. 4671.

<sup>102</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sent. 28 octubre 1999, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, c.-187/98.

<sup>103</sup> Cfr. G.F. FERRARI, *Introduzione*, cit., p. XVII.

<sup>104</sup> Así en A. RUGGERI, *Fonti*, cit., p. 153 s. Cfr. también V. SKOURIS, *Les rapports entre la Cour de justice et le juridictions constitutionnelles nationales*, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 777 ss.

grada que valora los instrumentos de interacción hasta conseguir la plena garantía de los derechos.

Cierto, se está en presencia de una doble «forma condicionante»<sup>105</sup>: la primera, que desde el ordenamiento constitucional llega hasta la Unión Europea y protege los límites y contralímites nacionales de la integración, y la impone como parámetro de legitimidad en el Tribunal de Justicia; la segunda, que se propone como tutela e inserta el ordenamiento nacional en el sistema de la integración mediante la determinación de un nivel inderogable de tutela, que es tal no solo para los jueces nacionales, sino también para los Tribunales europeos, porque es constitutivo del estatuto europeo de los derechos fundamentales. El máximo grado de tutela del derecho será entonces valorado en su compatibilidad con la Constitución y, en particular, con los otros derechos que diseñan el área in-suprimible de la identidad constitucional.

Así, en la sentencia n.138/2010 del Tribunal constitucional italiano —en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo—, la tutela integral de los derechos de los individuos constituyentes de la «formación social» constituida por la unión homosexual se deduce de la interpretación de las disposiciones constitucionales, de las que emerge un nivel máximo de garantía ya presente en el ordenamiento constitucional italiano y común al ordenamiento europeo<sup>106</sup>. La tutela del «derecho fundamental a vivir libremente una condición de pareja, obteniendo —en los tiempos, en los modos y en los límites establecidos por la ley— el reconocimiento jurídico con los derechos y deberes conexos», no incide sobre la identidad constitucional delineada por los artículos 29, apartado 2, y 30, apartado 1, de la Constitución italiana<sup>107</sup>. También a la luz de los artículos 12 CEDH y 9 de Carta, el Tribunal opera un *distinguishing*, poniendo en evidencia cómo la garantía integral y la «identidad constitucional» tienen por objeto diferentes categorías de sujetos a los que le son reconocidos distintos derechos constitucionales e instrumentos de tutela.

Cierto, el Tribunal parece eludir la tutela integral del derecho a vivir libremente una condición de pareja, donde el Tribunal afirma que, «con el reenvío a las legislaciones nacionales» por parte del CEDH, de la Carta de los derechos

<sup>105</sup> Cfr. M. PEDRAZZA GORLERO, *Alla ricerca della forma condizionante. Introduzione ai rapporti fra Corti costituzionali nazionali e Corti Europee dopo il Trattato di Lisbona*, en *Corti costituzionali*, cit., p. 1 ss.

<sup>106</sup> A conclusiones no distintas puede llegarse en relación al ordenamiento británico, donde el diálogo entre los Tribunales nacionales y europeos —mediante el recurso a la interpretación conforme y a la «declaration of incompatibility» conforme al artículo 4(2) *Human Rights Act 1998* (cfr. *supra*, § 5)— han determinado el acogimiento de una tutela integral del derecho de los homosexuales a su derecho fundamental a vivir libremente la condición de pareja, según las modalidades disciplinadas por el *Civil Partnership Act 2004*. Sobre este punto cfr. M. PATRONO, *I giudici inglesi*, cit., p. 67.

<sup>107</sup> Corte costituzionale italiana, sent. n. 138/2010, cit., p. 1624.

fundamentales y de sus explicaciones, «se tiene la confirmación de que la materia está confiada a la discrecionalidad del Parlamento»<sup>108</sup>.

Parece poderse replicar que la argumentación del Tribunal no sólo no exceptúa el derecho fundamental, sino que tal derecho está reconocido y garantizado por una norma constitucional (art. 2 de la Constitución), a la que el Tribunal, refiriéndose al derecho fundamental del individuo a la constitución de una unión homosexual como formación social idónea para desarrollar la personalidad del individuo, atribuye la idoneidad para desplegar una eficacia directa, oponible frente a los privados y a los poderes públicos<sup>109</sup>. Un derecho, para el Tribunal, ya existente en el ordenamiento italiano.

Anclando el *derecho a vivir libremente la propia condición de pareja* en el artículo 2 de la Constitución italiana, el Tribunal ha ya diseñado el área «concreta» del derecho y garantizado la relativa tutela integral; en definitiva, la garantía jurisdiccional del derecho fundamental del individuo podrá ser invocada como garantía también de la formación social en la que se desarrolla la propia personalidad. Dicho de otro modo: también sin el reconocimiento formal de la unión homosexual, el nivel máximo de salvaguardia reconocido del derecho es de por sí inderogable por el legislador e integralmente superponible al derecho, a sus contenidos, límites y garantías, cualquiera que sea la Carta (constitucional o europea) de la que tal derecho es tomado o enunciado.

<sup>108</sup> Sentencia n. 138/2010, cit., p. 1628. Sobre este punto cfr. F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, en *Foro it.*, 2010, I, c. 1370, para el que «parece concreto el riesgo ... de que una afirmación de principio de gran alcance» —la definición del *derecho fundamental a vivir libremente la propia condición de pareja* enunciado por el Tribunal— «pueda ser destinada a no producir por largo tiempo algún cambio real en términos de tutela efectiva de los derechos de las personas implicadas». Por otra parte, la discrecionalidad del legislador en la conformación de las uniones homosexuales está confirmada por el TEDH, *Primera Sección.*, sent. 24 junio 2010, *Schalk & Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, porque, «las legislaciones de los países miembros de la Convención son todavía demasiado distintas entre ellas para consentir ... la elaboración de un estándar de tutela común» (G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione «virtuosa» di un diritto*, en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)).

<sup>109</sup> Cfr., en tal sentido, R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio*, cit., p. 1630, para el que «no debe en absoluto sobrevalorarse ... la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos, y de modo especial los jueces, puedan, con diferente título y efectos, remitirse» a las afirmaciones del Tribunal «y hacer directa aplicación». *Contra* cfr. A. PACE, *Problematica*, cit., p. 16, que, partiendo de la disposición del art. 2 de la Constitución como disposición de principio, hace descender de tal cualificación la idoneidad de la disposición a no esperar «alguna específica disciplina ni de los derechos inviolables, ni de los deberes inderogables, ni de las formaciones sociales».

**Title:**

THE COMPLETE LEVEL OF PROTECTION AS EUROPEAN  
FUNDAMENTAL RIGHTS' CONTENT

**Summary:**

1. The complete level of Human Rights' protection in the judicial context of integration, among the principle of an effective protection and the definition of the individual rights' content. 2. The Human Rights' «theoretical statute». The relationship between the freedom right's content and the concerning restrictions. 3. Human Rights' theoretical and European statutes. 4. The effect of the legal systems' axiological heritage of integration in the definition of the Human Rights' complete level of protection. 5. The Human Rights' complete level of protection: the contribute defined by the dialogue between National and European Courts. 6. The Human Rights' complete level of protection and the maximum standard of protection. 7. The maximum standard of protection and the dialogue between National and European Courts. 8. The Human Rights' complete level of protection and the completed protection. 9. The enacting of the complete level in the European Human Rights' judicial protection.

**Resumen**

El diálogo entre los tribunales europeos y nacionales relativo a los derechos fundamentales, permite definir lo que se denomina «nivel integral» de tutela, basado en los derechos humanos individuales reconocidos y protegidos por las Constituciones de los Estados miembros, por la Unión Europea, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las decisiones de los tribunales nacionales y europeos establecen su propio nivel de protección de los derechos humanos, en tanto que permite la circulación de los mismos. Como consecuencia de este diálogo, la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo encontró su nivel integral en referencia a todos los instrumentos jurídicos dispuestos por los tribunales. El trabajo analiza la forma en que contribuyen los tribunales a determinar dicho nivel integral de tutela y pone de relieve el mecanismo judicial a través del cual se puede considerar aplicable ese nivel integral de tutela en el ámbito europeo.

**Abstract:**

The dialogue between the European and National Courts concerning the fundamental rights, permits to define a so called «complete level»



of protection, based on the individual human rights recognized and protected by the member States' Constitutions, by the EU, by the European Court of Human Rights. The National and European Courts decisions establish their own level of human rights protection, meanwhile allowing the circulation of them. As a consequence of this dialogue, the protection of fundamental rights in the European space found its complete level referring to the whole legal instruments enacting by the Courts. The contribute analyses the way the Courts determine such complete level of protection and highlights the judicial mechanism through which this complete level can be considered compelling in the European space.

**Palabras clave:**

Tratado de Lisboa, Derechos Fundamentales, Protección de Derechos Humanos, Restricción de Derechos Humanos, Nivel de protección, Sistema judicial, Tribunales nacionales, Tribunales europeos, mecanismos de diálogo.

**Key words:**

Lisbon Treaty, fundamental rights, human rights' protection, human rights' restriction, level of protection, judicial system, National Courts, European Courts, dialogue mechanisms.

