

La heterogénea estructura de los derechos constitucionales*

Alessandro Pace
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad «La Sapienza» de Roma

SUMARIO: 1. DE GERBER A LABAND.—2. EL SISTEMA DE GEORG JELLINEK.—3. LA MATRIZ LIBERAL PERO «ESTADOCÉNTRICA» DE LA TEORÍA DE JELLINEK.—4. EL «REDESCUBRIMIENTO» DE LAS CONSTITUCIONES ESCRITAS.—5. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SEGÚN SU ESTRUCTURA.—6. LA CLASIFICACIÓN «ESTRUCTURAL» ENTRE «PASADO» Y «PRESENTE».

1. DE GERBER A LABAND

Carl Friedrich von GERBER escribe el estudio *Sobre los derechos públicos* en 1852¹, cuando en Prusia estaba en vigor desde hacía casi dos años una Constitución escrita (*Verfassungsurkunde*, de 1850) modificable exclusivamente a través de un procedimiento especial y, por tanto, indiscutiblemente «rígida»². En el Título II de esta Constitución encontraban reconocimiento los «derechos de los prusianos», entre ellos la igualdad ante la ley, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho al juez predeterminado por la ley, la propiedad privada, la libertad de emigración, de religión, de ciencia, de enseñanza, de reunión y de asociación. No obstante lo anterior, y desde una óptica todavía no plenamente

* Traducción de Gema Rosado Iglesias.

¹ «Sui diritti pubblici» («Über öffentliche Rechte», 1852), en C. F. von GERBER, *Diritto pubblico*, trad. it. P. L. Lucchini, Giuffrè, Milano, 1971.

² La flexibilidad de aquella Constitución ha sido defendida por C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione (Verfassungslehre*, 1928), trad. it. Ant. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 94. En sentido contrario, véase mi trabajo *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996, págs. 7 y ss., y en especial 9, nota 7. Ahora reimpresso en *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997.

iuspositivista³, GERBER subraya que «el significado general de los llamados derechos del ciudadano (libertad política) solamente puede hallarse en algo negativo, es decir, en el hecho de que el Estado, en su dominio y sometimiento del individuo, se mantenga dentro de sus límites naturales, dejando libre, fuera de su círculo e influencia, aquella parte de la persona humana que no puede someterse a la acción coercitiva de la voluntad general según la idea popular alemana de la vida»⁴. Y añade: «Estos derechos concluyen siempre en negaciones, restringiendo el Poder estatal en los límites de sus facultades, deben ser considerados, desde la perspectiva de los súbditos, como límites a los poderes del monarca»⁵. Las mismas representaciones parlamentarias, para GERBER, «no poseen ninguna voluntad de Derecho público que actúe inmediatamente en el sentido de someter y gobernar al pueblo. Éste, antes bien, presupone el derecho de dominación exclusivo del monarca; el derecho del Parlamento es, en una verdadera monarquía (y Gran Bretaña no puede servir como tal), no ya el derecho del “gobierno parlamentario”, sino el derecho de limitación al monarca en el ejercicio de sus derechos de soberanía»⁶. Consecuentemente, no existen, para GERBER, en el momento en que escribe, verdaderos derechos públicos subjetivos. «Sólo aquel Derecho público que pueda ser concebido como un Derecho privado y por tanto pueda ser determinado en todos los sentidos, según su valor duradero, será considerado por el individuo al que corresponde como un bien seguro. Él lo considerará como una extensión efectiva de su esfera jurídica, y le dedicará igual interés al que requieren los derechos privados patrimoniales, especialmente en los supuestos en que esté amparado con la misma protección jurídica que aquéllos. Los derechos públicos, como tantos principios abstractos, están como suspendidos en el aire, sin un lugar cierto en la esfera jurídica del individuo, que le permiten actuar de cuando en cuando, siendo siempre considerados por aquél como algo no inmediatamente ligado a su personalidad»⁷.

Obviamente, en Prusia no todos pensaban así. Por ejemplo, un jurista liberal como Robert VON MOHL consideraba «inconcebible» que pudiese ponerse en duda «la relación jurídica entre las nuevas leyes constitucionales y las leyes ordinarias, y que pudiera negarse la naturaleza superior de la primera, cuando la enseñanza de la historia y la enunciación de los textos son tan evidentes. Sin embargo, la sofística reaccionaria niega validez a este principio, que ha sido, en particular, el objetivo perseguido por H. Bischof (...), que considera que establecer una diferencia clara entre

³ «... el Estado no absorbe completamente la vida social de los hombres, rozándola sólo por un lado; gran parte de esta vida permanece fuera de la órbita estatal». En *Diritto pubblico*, cit., pág. 65.

⁴ *Diritto pubblico*, cit., pág. 67.

⁵ *Diritto pubblico*, cit., pág. 67.

⁶ *Diritto pubblico*, cit., pág. 71.

⁷ *Diritto pubblico*, cit., pág. 78. Para la exacta comprensión del pensamiento de GERBER es importante la lectura del segundo capítulo del ensayo *Sobre los derechos públicos*, que se cierra, por nota, afirmando que «en todo caso se debe aclarar, al menos una vez abiertamente, que en ningún caso las intenciones del autor están dirigidas a sugerir y apoyar un sistema político...».

ley constitucional y ley ordinaria va contra el principio monárquico»⁸. Pero Von MOHL representa la excepción, no la regla. Y así es claramente perceptible de la lectura de las dos famosas conferencias de Friedrich LASALLE, en 1862, en las que habla de la Constitución prusiana como de una «hoja de papel», y sostiene que la Constitución efectivamente vigente vendría determinada por los factores de poder imperantes en la realidad social⁹. Y, también, si se leen las páginas de *Staatsrecht* de Paul LABAND, donde, todavía en la edición de 1911, se reitera que «no existe en el Estado voluntad alguna superior a la del Soberano, y es de esta voluntad de la que Constitución y ley traen la fuerza de obligar. La Constitución no es una potencia mítica situada por encima del Estado; ésta, como cualquier otra ley, constituye un acto de voluntad del Estado y, consecuentemente, es modificable según la voluntad estatal»¹⁰. Por lo demás, el Emperador Guillermo II, en un discurso en Königsberg el 25 de agosto de 1910, no abrigaba dudas al afirmar, ya en pleno siglo XX, que la corona era concedida sólo por gracia divina y no por el Parlamento, la asamblea y la voluntad general¹¹.

2. EL SISTEMA DE GEORG JELLINEK

El *Sistema de los derechos públicos subjetivos* de Georg JELLINEK¹² señala un cambio de época. Aun justificando históricamente las conclusiones restrictivas de GERBER, porque «faltaba en aquel tiempo una eficaz defensa del Derecho público a través de una desarrollada jurisdicción de Tribunales administrativos»¹³, JELLINEK califica como «falsa» la opinión según la cual «el derecho subjetivo no es, en sustancia, más que un espejismo; donde se cree entrever un derecho subjetivo existiría sólo derecho objetivo, de modo que lo que se designa como derecho subjekti-

⁸ R. VON MOHL, «Über die Rechtliche Bedeutung Verfassungswidriger Gesetze», en *Staatsrecht, Völkerrecht un Politik*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1860, pág. 83, nota 1. Véase la cita más amplia en mi trabajo *La causa*, cit., págs. 66 y ss.

⁹ F. LASALLE, *Delle Costituzioni (Was Nun? Zweiter Vortrag über Verfassungswesen, 1862)*, trad. it. A. Rovini, Morgini, Roma, 1902, pág. 21. Sin embargo, me parece, contrariamente a muchos ilustres estudiosos, que LASALLE no pretendía sugerir como teoría científica del concepto de Constitución un tipo de Constitución material como el de MORTATI, sino criticar políticamente la situación constitucional prusiana de la época. Sobre este punto, véanse las explicaciones ulteriores en *La causa*, cit., pág. 80, nota 175.

¹⁰ P. LABAND, *Le droit public de l'Empire Allemand*, vol. II, Giard & Brière, Paris, 1901, págs. 314 y ss.; ID., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. II, Mohr, Tübingen, págs. 39 y ss.

¹¹ El pasaje completo está recogido en F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazional-socialismo (Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism, 1942)*, Feltrinelli, Milano, 1977, pág. 31.

¹² G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici suiettivi (Sistem der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 1.ª ed.; 1905, 2.ª ed.)*, trad. it. de la 2.ª ed. G. Vitagliano, SEL, Milano, 1912.

¹³ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. 5; véase también pág. 113: «Solamente en lo referente a las instituciones del tribunal federal suizo, del tribunal del Imperio austríaco, de los tribunales administrativos en varios Estados alemanes y en Austria, el interés individual que se escondía en la fórmula de los derechos fundamentales ha estado expresamente reconocido y protegido».

vo no es más que el reflejo del derecho objetivo»¹⁴. De hecho, para JELLINEK, la existencia «de derechos públicos subjetivos formales, que no constituyen meros derechos reflejos, se justifica, desde una perspectiva general, considerando que no todas las normas jurídicas (...) son dictadas exclusivamente en interés general. Existe un gran número de normas jurídicas que tienen el objetivo señalado de servir a los intereses individuales»¹⁵.

El punto de partida de JELLINEK es, pues, diferente del adoptado por GERBER: «La soberanía del Estado [moderno] es una soberanía sobre hombres libres, esto es, sobre personas. Al reconocer la personalidad del individuo, el Estado se limita a sí mismo»¹⁶. «Por el hecho de pertenecer al Estado, de ser miembro del mismo, el individuo queda cualificado desde diferentes perspectivas. Las posibles relaciones en que puede encontrarse con el Estado le colocan en una serie de situaciones jurídicamente relevantes»¹⁷. El individuo se halla, pues, en una pluralidad de *status*: en primer lugar, el *status pasivo* (esto es, el *status subiectionis*), del que queda excluida la autodeterminación y, por tanto, la misma personalidad del individuo¹⁸; en segundo lugar, la esfera de libertad individual (*status negativo, status libertatis*), en la que los fines estrictamente individuales son cumplidos mediante la actividad libre del individuo; en tercer lugar, la facultad de beneficiarse de las instituciones estatales para obtener prestaciones del Estado de interés individual (*status positivo, status civitatis*); para finalizar, el *status activo* (*status activae civitatis*), en el que el Estado reconoce al individuo la capacidad de actuar por cuenta del propio Estado: en este *status* se habrían logrado los llamados derechos políticos, en sentido estricto¹⁹.

En conclusión: «En estos cuatro *status*, pasivo, negativo, positivo, activo, se reúnen las situaciones en las que puede encontrarse el individuo en el Estado como miembro del mismo. Prestaciones al Estado, libertad del Estado, pretensiones hacia el Estado, prestaciones por cuenta del Estado son las perspectivas desde las que puede ser considerada la situación de Derecho público del individuo. Estos cuatro *status* forman una línea ascendente, en cuanto que primero el individuo, por tener que prestar obediencia al Estado, aparece privado de personalidad, después le es reconocida una esfera independiente, libre del Estado, a continuación el Estado mismo se obliga a realizar prestaciones en favor del individuo, hasta que en el último la voluntad individual es llamada a participar en el ejercicio

¹⁴ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. 77.

¹⁵ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., págs. 88 y ss.

¹⁶ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. 95.

¹⁷ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. 96.

¹⁸ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., págs. 96 y ss. Además, este *status* está, no obstante, limitado por la ley (*op. cit.*, pág. 115): una constricción impuesta no sobre la base de la ley o una limitación de la capacidad jurídica carente de base legal, constituyen actos ilegales contra los que es posible reaccionar en virtud del *status positivus* (*status civitatis*) (*op. cit.*, pág. 117).

¹⁹ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., págs. 97 y ss.

del poder estatal o mejor resulta reconocida como investida (*Träger*) del *imperium* del Estado»²⁰.

3. LA MATRIZ LIBERAL PERO «ESTADOCÉNTRICA» DE LA TEORÍA DE JELLINEK

Esta compleja construcción, como se ha dicho antes, anuncia un cambio de época, y no sólo en la ciencia jurídica alemana²¹. Así, como ejemplo, en la doctrina italiana, a través de la resistemización crítica de SANTI ROMANO²², se mantendrá viva hasta nuestros días²³. En la doctrina alemana, y no sólo en ella, hay, todavía, quien, autorizadamente, se adhiere a dicha teoría²⁴. Parece, por tanto, oportuno dedicarle algunas palabras.

Mientras GERBER, queriendo fundamentar los derechos públicos (no en el Derecho natural) sobre el ordenamiento positivo, concluía, con un realismo excesivo, negándolos de raíz, JELLINEK superará la afirmación, bastante extendida en su tiempo, de que «el Estado, fuente del orden jurídico, no puede considerarse sometido a éste»²⁵, para considerar que, dado que el Estado debe ser considerado como una persona única²⁶, y por tanto puede hacer valer derechos propios sobre los de sus súbditos, queda comprobada la existencia de una relación jurídica entre Estado y súbditos; consecuentemente, son también admisibles los posibles derechos recíprocos de los súbditos en relación al Estado²⁷.

Ahora bien, aunque la construcción de JELLINEK tenía una matriz libe-

²⁰ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. 98.

²¹ G. DE RUGGERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Laterza, Bari, 1959, pág. 274; A. BALDASSARRE, voz «Diritti pubblici soggettivi», en *Enc. Giur.*, vol. XI, Ist. Enc. It., Roma, 1989, pág. 7.

²² SANTI ROMANO, «La teoria dei diritti pubblici subietivi», en *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, a cargo de V. E. ORLANDO, SEL, Milano, 1900, págs. 111 y ss. Al respecto, véanse las observaciones críticas referidas en mi trabajo *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 2 (supra índice), Cedam, Padova, 1990, págs. 30 y ss.

²³ Véanse, al respecto, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1989, págs. 839 y ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, a cargo de M. RAVERAIRA y C. ROMANELLI GRIMALDI, Utet, Torino, 1985, págs. 374 y ss.

²⁴ Como ejemplo, véanse C. STARCK, «I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica federale di Germania», en *Giur. Cost.*, 1992, págs. 2536 y ss.; P. BIGLINO CAMPOS, «De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 97, 1997, pág. 86.

²⁵ V. E. ORLANDO, «Introduzione» a G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. X.

²⁶ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. 36, y allí la referencia a T. HOBBS, *De cive*, V, § 9: «Una unión así construida se llama Estado, es decir, sociedad civil y también persona civil, pues, estando la voluntad de todos reducida a una sola, ésta puede considerarse como una persona única, distinguible y reconocible con un único nombre por todos los hombres, con sus derechos y sus bienes. De aquí se sigue que algunos ciudadanos, o de todos juntos, excepto aquel cuya voluntad resulta de reunir la voluntad de todos, no puedan representar al Estado. // Queriendo, pues, ofrecer una definición del Estado, debiéramos decir que es una persona única cuya voluntad, en virtud de los contratos realizados recíprocamente entre muchos individuos, debe agrupar la voluntad de todos estos individuos; por esto, puede servirse de la fuerza y de las riquezas de los sujetos a fin de mantener la paz y la defensa común» (véase T. HOBBS, *Opere politiche*, a cargo de N. BOBBIO, vol. I, Utet, Torino, 1959, pág. 150).

²⁷ Véase, asimismo, V. E. ORLANDO, «Introduzione», cit., pág. X.

ral²⁸, es claramente «estadocéntrica». Para JELLINEK, no sólo es conceptualmente admisible un *status subiectionis* en cuyo ámbito la misma personalidad jurídica del individuo puede, en base a la ley, ser reducida o negada, sino que los mismos derechos de libertad no son más que consecuencia de una autolimitación estatal. Es cierto que JELLINEK rinde cuenta de la existencia de la Constitución escrita y de los límites al legislador que de ella puedan derivar. No obstante, aparte de la consideración de que los únicos verdaderos límites constitucionales serían, para JELLINEK, aquellos consistentes en una prohibición²⁹, se apresura a subrayar, a propósito de esto último, que «no representa nada en absoluto», y «que las disposiciones legislativas, que los contradicen, pueden ser declaradas privadas de eficacia sólo donde existen jurisdicciones competentes para examinar si las leyes son conformes a la Constitución, y que, donde faltan tales jurisdicciones, la ley contraria a la norma constitucional posee pleno valor legal en la forma y en la materia»³⁰. Y no resulta en este momento relevante que cuando JELLINEK escribió el *Sistema* estaba todavía en vigor la *Reichsverfassung* bismarckiana (1871), que, aunque era formalmente rígida, se limitaba a disciplinar la forma de Estado y de gobierno, sin prever los derechos de los ciudadanos³¹.

En el centro del *Sistema* de JELLINEK se encuentra, por tanto, el Estado legislador (no la Constitución) y los *status* que, aun pudiendo resolverse en pretensiones judiciales (*Ansprüche*), no pueden hacerse valer en relación al legislador. Antes bien, el *status* negativo (el *status libertatis*) «adquiere su carácter jurídico en virtud del *status* positivo y de las acciones que derivan de éste»³². De ahí la doble consecuencia («estadocéntrica») derivada de la teoría de JELLINEK respecto a los derechos de libertad: en primer lugar, lo que resulta jurídicamente relevante para tales derechos es sólo la abstención estatal, no las facultades individuales en las que aquéllos se realizan (existe la libertad, no existen los derechos de libertad)³³; en segundo lugar, lo *lícito* (característico del *status libertatis*) no constituye un

²⁸ «La soberanía del Estado es un poder objetivamente limitado, que se ejercita en el interés general. Se trata de una potestad ejercitada sobre personas, que no están en todo y para todo subordinadas, es decir, sobre hombres libres»: G. JELLINEK, *Sistema*, *cit.*, pág. 97.

²⁹ G. JELLINEK, *Sistema*, *cit.*, pág. 106.

³⁰ G. JELLINEK, *Sistema*, *cit.*, págs. 107 y ss. Véase la opinión contraria de A. HAMILTON, en el texto número 78 del *Federalist Papers* (1787-88), que considera suficiente la existencia contextualizada de una Constitución escrita que se sitúe como norma superior (hoy diríamos una Constitución rígida) y de un poder judicial independiente para que, en presencia de dichas premisas, el control jurisdiccional de constitucionalidad se transforme, por sí mismo, en admisible.

³¹ Para G. ANSCHUTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, Stilke, Berlin, 1933, pág. 507, esto se justificaba porque el problema fundamental del momento era, ante todo, la unidad de la gran nación alemana.

³² G. JELLINEK, *Sistema*, *cit.*, pág. 117. También el pensamiento de C. SCHMITT, *Dottrina*, *cit.*, pág. 220, parece influenciado por este planteamiento, cuando sostiene que «estos derechos fundamentales no son por tanto en sustancia bienes jurídicos, sino esferas de libertad de las que derivan derechos y precisamente derechos de defensa» (la cursiva es mía).

³³ G. JELLINEK, *Sistema*, *cit.*, pág. 115. En sentido crítico, véase G. ABBAMONTE, «Libertà e convivenza», en *Rass. Dir. Pubbl.*, 1953, págs. 303 y ss.

status autónomo, pero «tiene como presupuesto un *poder*»: en otras palabras, el Estado reconocerá y tutelaré las manifestaciones de esta libertad dentro de los límites de lo que resulte judicialmente realizable³⁴.

Una última consideración. Aunque elevada a la máxima cumbre por la doctrina alemana, resulta indiscutible que la teoría de los derechos subjetivos encuentra sus presupuestos culturales en el triunfo de la ideología liberal que siguió a la Revolución francesa y, por tanto, en la afirmación de la libertad del individuo contra el poderoso Estado absoluto³⁵. Sin embargo, paradójicamente, será el propio origen individualista de las Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, 1793 y 1795³⁶, y sobre todo de la primera³⁷ —que devuelve la posibilidad al individuo de oponerse, *uti singulus*³⁸, con derechos propios al Estado—, el que determine, con el tiempo, en los Estados liberales predemocráticos, las consecuencias negativas en la efectiva consistencia (o extensión) de los derechos y de las libertades del individuo económica y socialmente más débil. De hecho, una vez exportado el modelo «individualista» francés de derechos del hombre a tierra alemana, para ser utilizable, debió, después de las críticas de GERBER, abandonar las premisas iusnaturalistas que estaban en su origen³⁹ y presentarse, con JELLINEK, como modelo «estatalista»⁴⁰.

³⁴ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., pág. 55. Véase, al respecto, la exacta crítica de A. BALDASSARRE, voz «Diritti pubblici soggettivi», cit., pág. 6, quien sostiene que el derecho público subjetivo «acaba por coincidir sin que quede resto alguno con la acción». Una crítica análoga de las opiniones de C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1957, págs. 286 y ss., 290 y s.; ID., voz «Capacità di diritto pubblico», en *Enc. Dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, pág. 93; y de F. SANTORO-PASSARELLI, voz «Diritti assoluti e relativi», en *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 754 (idéntica, sustancialmente, a la tesis de G. JELLINEK); véase en mi trabajo *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, págs. 103 y ss., en el que destaco la contradicción de la tesis (sostenida por ambos estudiosos) que identifica un interés jurídicamente protegido en vía directa (esto es, el derecho subjetivo) no ya en el derecho de libertad (*actuar lícito*), sino en la potestad de reaccionar judicialmente (*actuar poder*) ante las violaciones del derecho de libertad.

³⁵ E. CASETTA, voz «Diritti pubblici subbiectivi», en *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 792.

³⁶ En este sentido, críticamente, véase L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Fontenosing, Paris, 1918, págs. 3 y ss., 214 y ss., en especial 217 y ss. Aún parece dudarse de que la Declaración de 1793 (que nunca llegó a entrar en vigor) fuese verdaderamente «individualista» (véanse al respecto los arts. 21 y 22). Sin embargo, DUGUIT partía, como es sabido, de una concepción fuertemente solidaria del Derecho que le llevaba, alguna vez, a exagerar las posiciones no coincidentes con la suya. Las críticas más violentas al individualismo que caracterizaría todas las Declaraciones de derechos del hombre son, como es conocido, las de K. MARX, «Il problema ebraico» (1843), en ID., *Scritti politici giovanili*, a cargo de L. FIRPO, Einaudi, Torino, 1975, págs. 375 y ss. (véase la nota siguiente).

³⁷ Así, entre otros muchos, N. BOBBIO, «La rivoluzione francese e i diritti dell'uomo» (1988), en ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, pág. 97, defiende la Declaración de 1789 de las acusaciones de MARX (véase la nota anterior), para quien «los derechos del hombre, en cuanto distintos de los derechos del ciudadano, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad».

³⁸ No se olvide que, justo por esto, la libertad de asociación no estaba recogida en estas Declaraciones: las asociaciones eran miradas con recelo por los filósofos de la política del siglo XVIII (J. J. ROUSSEAU, *Contract social*, libro II, cap. III; J. E. SIEYES, *Qu'est-ce-que le tiers État?*, cap. VI).

³⁹ ... en el que, sin embargo, tales premisas iusnaturalistas serían sucesivamente, y por igual, abandonadas en favor de la tesis de la autolimitación estatal por algunos conocidos estudiosos: R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tomo I, Sirey, Paris, 1921, págs. 231 y ss., especialmente págs. 239 y ss.; C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1989, pág. 23.

Justificada, jurídicamente, la posibilidad del individuo de afirmar sus propios derechos frente al Estado en virtud de la teoría de la autolimitación de éste, la misma teoría de la autolimitación estatal permitirá al Estado liberal predemocrático distinguir entre relaciones civiles y políticas, de un lado, y económicas y sociales, de otro. En la práctica, aquélla permitirá separar —en la Constitución y, por tanto, en las leyes— el Estado de la Sociedad⁴¹.

Una separación, esta última, que no es absolutamente contradictoria con el origen estatalista de la teoría de la autolimitación⁴². En efecto, la «no» intervención del Estado en la economía y en la sociedad derivará de una estricta decisión política de las clases dominantes, con la consecuencia de que el Estado, al no garantizar el nivel de suficiencia social o económica al más débil, terminaría por privilegiar *de facto* a la clase social o económicamente más fuerte⁴³. La diferente consistencia —mayor o menor— de los derechos de los particulares que se enfrentaban en los variados sectores de la vida social será, por tanto, la consecuencia de una «provisional» renuncia del Estado a hacer valer, en dichos ámbitos, el propio poder.

En esencia, no es diferente la modificación estatalista de los derechos públicos subjetivos. Precisamente, porque éstos —para JELLINEK y sus seguidores— se desenvuelven sólo contra el Estado y consisten en libertades negativas (cuyo contenido es realizable en la abstención estatal), los modos concretos de ejercicio de cada libertad vendrían así a ser considerados irrelevantes jurídicamente⁴⁴.

Desde esta perspectiva, las libertades públicas constituirían la positivización de los derechos del hombre y del ciudadano [véanse, también, C. A. COLLIARD, *Libertés publiques, cit.*, págs. 19 y ss.; G. PÉCES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali (Curso de Derechos fundamentales. Teoría general, 1991)*, trad. L. Mancini, Giuffrè, Milano, 1993, pág. 16].

⁴⁰ Respecto a los diversos acercamientos (histórico, individualista y estatalista) a la problemática de las libertades fundamentales, véanse las bellas páginas de M. FIORAVANTI, *Appunti di storia della Costituzione moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995, págs. 17 y ss.

⁴¹ Con esto no quiero sostener que la separación entre Sociedad y Estado constituya un diseño exclusivamente estatalista y conservador. De hecho, tal separación había estado auspiciada también en una lógica indiscutiblemente libertaria [véase, al respecto, *l'incipit* de T. PAINE, «Il senso comune» («Common Sense», 1776), en ID., *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cargo de T. MAGRI, Ed. Riuniti, Roma, 1978, pág. 69]. Ésta no es cuestión menor, pues resulta igualmente indiscutible que las realizaciones de tal diseño se han traducido en desventajas para los más débiles.

⁴² A. BALDASARRE, voz «Diritti pubblici soggettivi», *cit.*, pág. 10, subraya, al contrario, cómo la sociedad fue «englobada» (y no separada) en el Estado burgués.

⁴³ De ahí la exacta constatación de un auténtico liberal, G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo, cit.*, pág. 278: «Es falso el concepto de libertad que sitúa la libertad no en el Estado sino del Estado».

⁴⁴ G. JELLINEK, *Sistema, cit.*, pág. 116.

4. EL «REDESCUBRIMIENTO» DE LAS CONSTITUCIONES ESCRITAS

Las cosas cambian sustancialmente en Europa con la segunda posguerra, como consecuencia del «redescubrimiento» de las Constituciones. Digo «redescubrimiento» porque el valor preceptivo de las Constituciones en Europa estaba, por así decir, perdido desde la mitad del siglo XIX. La ausencia de prescriptividad era consecuencia, de hecho, de un contexto político-cultural predominantemente tenso: se exaltaba el valor de certeza de la ley ordinaria⁴⁵; se enfatizaba la importancia del acuerdo entre Rey y Parlamento; se subrayaba la falta de normatividad del texto constitucional⁴⁶; se evocaba, en lugar de la Constitución escrita, una noción de Constitución que se diluía y difundía en el sentimiento público, en la costumbre, en los precedentes, en la legislación y en la historia⁴⁷. Y, por otra parte, el siglo XX, en su primera mitad, no había contribuido ciertamente a modificar y a mejorar este estado de cosas. De un lado, en Italia, ya en 1926, Mussolini podía afirmar, ante la Cámara de Diputados, que «el cumplimiento de la revolución fascista, transformada ahora ya en régimen», había «modificado profundamente la Constitución del Estado italiano» (y, dos años después, ante el Senado, añadiría que del «Estatuto no queda nada») ⁴⁸. De otro, las dramáticas e infelices experiencias de la Constitución de la República de Weimar⁴⁹ y de la República española no estaban ciertamente en condiciones de provocar, de por sí, una inversión de la tendencia ochocentista desfavorable a la superioridad de la Constitución escrita.

Por tanto, si durante la dictadura nazifascista tuvo lugar el descubrimiento del valor —cotidianamente negado— de la dignidad humana, de los derechos y de las libertades⁵⁰, con la caída de las dictaduras se pudo finalmente dar lugar a la elaboración de nuevas Constituciones escritas,

⁴⁵ Elocuente es la posición, con este propósito, de V. E. ORLANDO, «Teoria giuridica delle guarantee della libertà», en *Biblioteca di scienze politiche*, dirigida por A. Bruniati (I serie), vol. V, Utet, Torino, 1890, págs. 949 y ss., que negaba la posibilidad de introducir el control de constitucionalidad de las leyes, en el ordenamiento estatutario, temiendo consecuencias negativas para la seguridad del Derecho.

⁴⁶ Véase, al respecto, el mismo G. JELLINEK, *Sistema*, cit., págs. 255 y ss.

⁴⁷ En este sentido, véase R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 16; también, para posteriores indicaciones sobre este aspecto, véase mi trabajo *La causa della rigidità*, cit., pág. 75.

⁴⁸ Véase mi trabajo *La causa*, cit., págs. 16 y ss., notas 17 y 18.

⁴⁹ «... «traicionada» en sus presupuestos y en sus principios esenciales principalmente por las fuerzas y las instituciones que hubieran debido defenderla y aplicarla»; así, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, pág. 177. Véase, también, F. NEUMANN, *Behemoth*, cit., págs. 27 y ss.

⁵⁰ El pensamiento se alejaba de aquel «sentido de asfixia que los hombres de mi generación han sentido durante veinte años» de que habla P. CALAMANDREI en su espléndido «Discorso al giovani» (1955), en AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. I, Vallecchi, Firenze, 1969, pág. 121, y de la degradación del hombre «a objeto, a mero medio, a magnitud fungible», a que se refiere G. DÜRIG, «Art. 1», en *Grundgesetz - Kommentar*, a cargo de T. MAUNZ y G. DÜRIG, Beck, München, 1958, pág. 15, con evidente referencia a la dictadura nazi y a las persecuciones raciales.

sobre la idea de una «ley superior» de la que deriva (de ella y no del Estado-persona) el reconocimiento de los más variados derechos y, al mismo tiempo, la legitimidad del Estado⁵¹. Concepción ésta que estará absolutamente presente en la Constitución francesa (1946), en la Constitución italiana (1947) y en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949), que comienza reconociendo los derechos del hombre y del ciudadano y excluyendo, de raíz, que tales derechos extraigan su fuerza jurídica de una pretendida autolimitación del Estado y que sólo puedan hacerse valer contra el mismo.

Pero que el Estado no constituya el fundamento de los derechos, y que éstos posean eficacia general (en los límites en que la estructura de cada derecho concreto, obviamente, lo permita), comporta importantes consecuencias posteriores que, de forma increíble, no parecen ser percibidas aún.

El recurso a la figura de la «pretensión», para distinguir el contenido de los derechos de libertad —esto es, aquellos derechos que JELLINEK incluía, indirectamente⁵², en el *status negativus*—, no resulta ya muy satisfactorio por múltiples razones. En primer lugar, si los derechos no derivan de una autolimitación estatal debiera ser de toda evidencia que la razón del reconocimiento de los derechos de libertad no está en la *abstención* del Estado, sino en la valoración favorable que merece el interés individual en ejercer todas aquellas facultades que constituyen el contenido de los diferentes derechos de libertad⁵³. De ahí, sobre todo, la impropiedad concep-

⁵¹ La difundida opinión (al respecto, véanse A. BALDASSARRE, «I diritti fondamentali nello Stato costituzionale», en *Scritti in onore di A. Predieri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 64; P. BIGLINO CAMPOS, «De qué hablamos», *cit.*, pág. 87) de que el fundamento de la legitimidad del poder estatal residiría en las Declaraciones de derechos puede, en sus términos absolutos, resultar errónea. Su aceptación acrítica podría, de hecho, llevar a la afirmación de la ilegitimidad de cualquier poder estatal que se sitúe en potencial contraste con los derechos proclamados. Pues bien, no es así. Ciertamente, mientras, en los derechos sociales, resulta totalmente evidente la legitimidad del poder estatal de intervención (dado que sólo así pueden realizarse), en los derechos de libertad la legitimidad del contrapuesto poder estatal deriva indirectamente de que él «debe» garantizar que tales derechos no exceden los límites constitucionalmente previstos. En el mismo sentido, véase G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pág. 76. Por el contrario, podría existir una relación sólo superficial entre lo dicho hasta ahora y la posible contraposición entre derechos y actividad política sostenida por C. SCHMITT, *La dottrina*, *cit.*, pág. 154, en la lógica «decisionista» de su teoría constitucional.

⁵² Véase *supra* el texto correspondiente a la nota 33.

⁵³ En otras palabras, los estudiosos que insisten en la utilización de la fórmula de la «pretensión» para explicar la estructura de los derechos de libertad (véase, por ejemplo, P. F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1988, págs. 167 y ss.), evidentemente, no advierten que el reconocimiento constitucional de puntuales derechos de libertad tiene una relevancia concreta para el individuo, en razón de la facultad que puede ejercer (escribir, rezar, pintar, enseñar, bailar, correr, disentir, protestar, aplaudir, reunirse, marchar, etc.), y no, en cambio, para todo aquello que el Estado y los terceros no deben hacer. A esto se une que se relacionará con el Estado o con terceros (a fin de obtener la reparación de la lesión) sólo cuando, por parte de éstos, se trate de una interferencia ilícita en el ejercicio de su derecho. En cambio, en lo que respecta a los derechos a una omisión (así, como ejemplo, el derecho, de creación contractual, a que el vecino no edifique, o bien el derecho, reconocido constitucionalmente, a que el Estado se abstenga de establecer la pena de muerte para delitos cometidos en tiempo de paz), el *no hacer* del deudor constituye la razón de ser de tales derechos. Sobre la posición que defiende que a través del reconocimiento de los derechos de libertad se tutelan los comportamientos, véanse P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Mila-

tual de la expresión «libertad negativa», como referida a los derechos de libertad; una expresión que continúa presuponiendo un Estado «omnipotente y soberano» y un escenario normativo todavía «estadocéntrico»⁵⁴.

En segundo lugar, y por la misma razón (esto es, a causa de la actual inadecuación de la autolimitación estatal como fundamento de los derechos), debería parecer también evidente que la figura de la «pretensión», mientras era utilizable —aun al precio de evidentes contradicciones⁵⁵— allá donde se suponía la existencia de una relación bilateral (ciudadano-Estado) en la que se situaban los derechos públicos subjetivos, no resulta adecuada cuando un concreto derecho constitucional se estructura como derecho absoluto, eficaz *erga omnes*. Así pues, donde se sigue esta teoría, no sólo son interdependientes el poder estatal y los derechos de los ciudadanos (puesto que la ampliación de aquél conlleva una restricción de éstos, y a la inversa), sino interdependientes entre sí también los derechos, los deberes y las obligaciones de los sujetos privados. Por lo tanto, el «descubrimiento» (por vía interpretativa o incluso legislativa) de un «nuevo» derecho no previsto constitucionalmente de forma explícita tiende siempre a resolverse en la restricción de un derecho constitucionalmente existente de contenido antitético⁵⁶.

En fin, en cuanto la relación no versa exclusiva y necesariamente entre el Estado y el individuo, las normas constitucionales que prevén específicos poderes públicos en la limitación de los derechos no prueban que tales derechos (así, los derechos de libertad) se desarrollen sólo en las relaciones con el Estado. Antes bien, tales normas implican que, en lo que se refiere a las limitaciones a la lesión de tales derechos, se alzan como atribuciones de competencia en favor de los exclusivos poderes públicos, con implícita exclusión de poderes análogos en favor de sujetos privados⁵⁷.

no, 1947, págs. 164 y s., 173 y ss.; G. ABBAMONTE, «Libertà e convivenza», *cit.*, págs. 310 y ss., pero con desarrollos diferentes.

⁵⁴ En este sentido, exactamente, véase, también, G. GROTTANELLI de' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1988, págs. 111 y ss.

⁵⁵ Véase, por todos, E. CASETTA, voz «Diritti pubblici subiettivi», *cit.*, pág. 796, sobre las contradicciones internas existentes entre la estructura «absoluta» de muchos derechos públicos subjetivos (que despliegan su eficacia *erga omnes*) y la naturaleza afirmativamente «relativa» de los derechos públicos subjetivos (que se desarrolla sólo en relación al Estado).

⁵⁶ Igualmente, en Alemania se considera restricción no permitida de una libertad constitucional fundamental la extensión de otra libertad constitucional, a beneficio de determinadas personas, con el correspondiente perjuicio de la primera libertad. Sobre este aspecto, véase H. D. JARASS y B. PIETH, *Grundgesetz für die BRD. Kommentar*, Beck, München, 1992; sobre el art. 1, núm. 23, pág. 37. Que la cuestión, relativa al art. 2 de la Constitución, que también alude a los «derechos inviolables del hombre», es si debe interpretarse como «cerrada» o «abierta», no ni abstracta ni vieja (como, en cambio, reitera N. LIPARI, «Diritti fondamentali e categorie civilistiche», en AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cargo de L. LANFRANCHI, Ist. Enc. It., Roma, 1997, pág. 330), se ha demostrado desde las primeras aplicaciones prácticas de la Ley de 31 de diciembre de 1996, núm. 675, y de las consecuentes anormales extensiones de la tutela de la intimidad en favor de comportamientos realizados sin reparo alguno.

⁵⁷ En este sentido, véase mi trabajo voz «Libertà personale», en *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, pág. 297, y también, J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEC, Madrid, 1997, pág. 360.

5. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SEGÚN SU ESTRUCTURA

En este variado cuadro histórico y normativo es evidente que la única clasificación conceptualmente admisible de los derechos constitucionales es, al día de hoy, la que tiene en consideración la estructura de los mismos y que, sobre la base de su heterogeneidad estructural, logra explicar, al menos en líneas generales, el distinto tratamiento material y procesal reservado a cada uno de los derechos.

En efecto, el «reconocimiento» constitucional de un determinado derecho implica una sola consecuencia jurídica relevante: que no puede ser vulnerado por el legislador ordinario. Por ejemplo, la «cobertura» constitucional de un derecho concreto, por sí misma, nada dice acerca de la indisponibilidad, intransmisibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad del mismo. Tales caracteres derivan, en cambio, de su calificación como «derecho de la persona», y no de su reconocimiento constitucional (que podría, desde luego, faltar). De igual modo, la posibilidad de obtener una «mayor» o «preferente» tutela jurisdiccional para un derecho constitucional determinado (así, el procedimiento cautelar de urgencia en Italia, el *recurso de amparo* en España o el *Verfassungsbeschwerde* en Alemania frente a actos de los poderes públicos)⁵⁸ deriva de que éste posea la estructura de un derecho absoluto (como es el caso de los derechos de la persona y de propiedad)⁵⁹, o bien de que el mismo sea un derecho relativo que implique un *non facere* por parte del Estado⁶⁰.

⁵⁸ Sin embargo, este último obstáculo, tanto en España como en Alemania, se rebasa imputando al juez, que no ha tutelado el derecho constitucional violado, la responsabilidad de la violación del mismo. Sobre este aspecto, véase el reciente trabajo, muy documentado, de J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales*, cit., págs. 138 y ss.

⁵⁹ Es significativo que en Italia pueda gozar de una tutela preferente el derecho de propiedad, que, aun cuando garantizado constitucionalmente, tiene una regulación menos garantista en lo que se refiere a las intervenciones restrictivas del legislador.

⁶⁰ Véase en este sentido el art. 53.2 de la Constitución española, que admite el «recurso de amparo» sólo en los supuestos de violación del art. 14 de la Constitución (igualdad) y de las libertades y los derechos reconocidos en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución, que son, cabalmente, derechos de libertad, o bien derechos a una omisión, como, por ejemplo, el derecho a recibir «libremente» información veraz [art. 20.1.d)] sin impedimentos de terceros (véase I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 43 y ss.). Entre los derechos protegidos con el *amparo* no se encuentran, en cambio, el derecho de propiedad (art. 33), ni la libertad de empresa (art. 38), ni los derechos sociales, como la seguridad social (art. 41), la tutela de la salud (art. 43), el acceso a la cultura (art. 44), la protección de la tercera edad (art. 50) (derechos sociales que la Constitución española tutela sólo de forma indirecta). Se incluye, en cambio, por previsión explícita, la objeción de conciencia (arts. 30 y 53.2); y el derecho a la educación (art. 27), el cual, como ha subrayado el *Tribunal Constitucional* (Sentencia 86/1985), se compone de derechos estructuralmente diferentes entre sí, de modo que parecería sostenible que el *amparo* fuese admisible sólo para algunos de ellos (véase, como ejemplo, la Sentencia 260/1994, comentada en AA.VV., *La sentencia de amparo constitucional*, CEC, Madrid, 1996, págs. 242 y ss.). Idéntica conclusión sirve para el *amparo* ordinario, a propósito del cual véase M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, CEC, Madrid, 1995. Conviene recordar (¡pero no al lector español!) que, en los supuestos de *amparo constitucional*, cuando el acto impugnado sea la aplicación de una ley de dudosa constitucionalidad, la sección del *Tribunal Constitucional* que examina el recurso remitirá la cuestión de legitimidad constitucional de la ley al *pleno del Tribunal*.

Sobre la base de estas premisas, una clasificación que tenga en cuenta las diferencias estructurales⁶¹ no podrá, previamente, dejar de distinguir los derechos constitucionales «absolutos» de los derechos constitucionales «relativos»⁶².

Los derechos «absolutos» comprenden, según las características y planteamientos tradicionales, tanto los derechos de la persona como los derechos reales (propiedad y derechos reales de disfrute). No obstante las diferencias que existen entre ellos por los valores que encierran (respectivamente, la disciplina del «ser» y del «haber»), aparecen unidos dado que, desde el punto de vista estructural, unos y otros no necesitan la intervención de un tercero para realizar el interés que incorporan. Si el derecho de la persona tiene por contenido el ejercicio de una libertad (*agere licere*), se deberá, además, comprobar si aquél se realiza a través de comportamientos materiales (como la libertad personal, de domicilio, de comunicación, etc.), o bien si se ejerce cumpliendo también —o exclusivamente— una actividad jurídica (como la libertad de matrimonio y de iniciativa económica privada), siendo indudable que, en el segundo caso, el legislador posee un mayor poder de intervención en la regulación de la capacidad jurídica y de obrar y en la tutela de terceros. Entre los derechos de la persona, deben mencionarse el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la propia imagen y al honor, el derecho al nombre, a la capacidad jurídica y a la ciudadanía: todos derechos absolutos pero que no se traducen en una actividad, como sí acontece en los derechos de libertad. Éstos, en efecto, constituyen o bien presupuestos esenciales, o signos distintivos, o atributos inalienables (al menos, en principio) de la persona humana o, al menos, del ciudadano.

Del mismo modo, la LF alemana no incluye entre los derechos para los que está previsto el recurso de constitucionalidad (§§ 13, núm. 8.º, y 90 de la Ley de 12 de marzo de 1951, sobre el Tribunal Constitucional federal) aquellos que no son derechos de la persona o derecho a una omisión.

⁶¹ Evidentemente, los datos normativos utilizados son principal (aunque no exclusivamente) los que ofrece la Constitución italiana. Para una profundización mayor, véase mi libro *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 2 (*supra* índice), Cedam, Padova, 1990, págs. 40 y ss., 43 y ss. Intentos de clasificación estructural realizados, en el ámbito de las *libertés publiques*, por parte de conocidos autores franceses (*cf.* G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, LGDJ, Paris, 1972, págs. 22 y ss.; C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, *cit.*, págs. 24 y ss.), demuestran que la expresión *libertés publiques* es utilizada en Francia no en el sentido propio de derecho de libertad (caracterizado desde el punto de vista de su contenido por un *agere licere*), sino en el sentido genérico de «derechos fundamentales» (así, G. PECES-BARBA, *Teoría*, *cit.*, pág. 16).

⁶² «Absolutos» y «relativos» en el sentido de derechos oponibles, respectivamente, *erga omnes* y sólo en las relaciones con determinados sujetos, y no en el sentido de derechos ilimitados (absolutos) y derechos limitados (relativos) (así, C. SCHMITT, *Dottrina*, *cit.*, págs. 219 y ss.). Que «absolutos» no pueda significar «privado de límites» deriva de que «la representación de la ilimitada libertad del sujeto» es desde tiempo considerada «una mera ficción», «con la creciente intensidad del vínculo social del individuo» (como admite el mismo C. SCHMITT, *Dottrina*, *cit.*, pág. 225). En tiempos modernos, la tesis de que la libertad de expresión constituye «un absoluto» (en el sentido de libertad «ilimitada») ha sido notoriamente mantenida por el Juez H. Black en algunas opiniones (concurrentes o disidentes), pero no ha sido nunca recogida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Véase, como ejemplo, la opinión concurrente vertida en la Sentencia *Cox v. Luisiana*, 379 U.S., 559 (1965), y la opinión disidente a la Sentencia *Street v. New York*, 394 U.S., 576 (1969).

Por el contrario, en el supuesto de derechos de obligación (es decir, de derechos relativos consistentes en una «pretensión»), la clasificación habrá de distinguir según que el derecho se ejerza bien en relación al Estado⁶³, bien en relación con privados, bien en relación con uno y otros. Paralelamente, habrá que examinar si el contenido del derecho consiste en la exigencia de una prestación positiva (*facere*), de una omisión (*non facere*), o bien en el ejercicio de un poder (derecho potestativo). Una variedad particular de los derechos de prestación positiva son, pues, los derechos al tratamiento igual que se concretan en la exigencia de remoción de procedimientos (legislativos, administrativos o privados) discriminatorios.

Entre los derechos a un *facere* por parte del Estado se encuentran los derechos sociales (derecho al trabajo, a la asistencia médica gratuita, a la seguridad social, a la defensa gratuita, a la propiedad de la vivienda mediante el acceso al ahorro, etc.), que son siempre derechos condicionados⁶⁴ a la previa intervención legislativa y administrativa y que, por tanto, por razones intrínsecas, gozan de una tutela más débil, ya sea desde el punto de vista legislativo, ya desde el judicial, que la prevista para los derechos de la persona y, en Italia, también para los derechos reales. Efectivamente, no puede olvidarse que se trata de ordenamientos liberaldemocráticos (como el alemán) en los que los derechos sociales, aunque tutelados también con bastante eficacia, no son, sin embargo, reconocidos constitucionalmente, en tanto se entiende que sólo el legislador debe ser el juez del completo equilibrio del presupuesto⁶⁵.

En cambio, los derechos a una retribución «proporcionada a la cantidad y calidad» del trabajo y suficiente para una existencia libre y digna, al descanso semanal y vacaciones anuales, aunque también se traducen en exigencias de *facere*, gozan de una protección superior porque no necesitan la imprescindible intermediación legislativa (éstos no son, de hecho, derechos «sociales») y porque, en la medida en que garantizan el mínimo esencial para la supervivencia, tienden a estar unidos a la persona, como más adelante se analizará.

Entre los derechos que reclaman la no intervención estatal (y, por tanto, de nuevo, un *non facere*) se encuentran el derecho a no ser apartado del juez natural, el derecho a no ser condenado si no es en aplicación de una ley previa al delito cometido, a no ser sometido a medidas de seguridad salvo en los casos previstos legalmente, a no ser extraditado si no es en los supuestos expresamente predeterminados en la ley y el derecho del condenado a no sufrir tratos inhumanos.

Sólo un derecho relativo tiene como contenido el ejercicio de un po-

⁶³ Cuando se habla de Estado se refiere, obviamente, a poderes públicos en general y, por tanto, también a los entes públicos.

⁶⁴ A. BALDASSARRE, voz «Diritti sociali», en *Enc. giur.*, vol. XI, Ist. Enc. It., Roma, 1989, págs. 38 y ss., distingue, en cambio, entre derechos sociales condicionados e incondicionados, incluyendo, sin embargo, entre estos últimos, derechos que, bien mirado, «sociales» no son (como algunos derechos de libertad o algunas potestades del ámbito familiar).

⁶⁵ Véase, además, R. STARCK, «I diritti fondamentali», *cit.*, págs. 2541 y s.

der: el derecho de huelga, cuya estructura se identifica no sólo con la abstención de la prestación laboral, sino con la completa valoración del conflicto colectivo que tiene como momento cualificador la convocatoria de huelga, de la que se sigue la suspensión no ya de la relación laboral, sino de las prestaciones recíprocas (trabajo y remuneración).

Trato aparte debe darse a los derechos matrimoniales y familiares y a los derechos políticos, en cuanto que los componentes de estas dos categorías pueden encontrarse unidos más por razones materiales que por identidad estructural.

En cuanto a la primera categoría, ya se ha hecho anteriormente referencia al matrimonio, considerándolo un verdadero y propio derecho de libertad. Igualmente, también la procreación natural es un derecho de libertad constitucionalmente garantizado aunque jurídicamente disciplinable por el legislador. No así, por el contrario, la procreación artificial, que, si bien es un derecho de la persona, se fundamenta sobre una opción legislativa y no sobre la familia como «sociedad natural». Estructuralmente diferentes son tanto los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, cuya consistencia viene determinada por el criterio de la unidad familiar (la igualdad es, efectivamente, funcional a la unidad), como los derechos y deberes conexos a la patria potestad. Estos últimos constituyen «funciones» de Derecho privado que deben ser ejercidas siempre en favor de los intereses preferentes de los hijos.

Los llamados derechos políticos, por su parte, son unificables por la incidencia inmediata y directa que tienen sobre el funcionamiento del Estado y la organización administrativa. Incluyen funciones públicas, no caracterizadas, sin embargo, por la diversidad (iniciativa legislativa, referéndum), derechos funcionales cuyo ejercicio puede, por supuesto, ser impuesto (derecho de voto), el cumplimiento de una actividad libre pero que obliga al destinatario a su justa consideración (así, el derecho de petición), y finalmente, pretensiones cuya realización puede ser condicionada por el legislador en virtud del interés general, pero nunca a través de la atribución de poderes discrecionales (acceso a funciones públicas y cargos electivos).

El derecho a la tutela judicial es de por sí un derecho a obtener una prestación positiva del Estado que, sin embargo, por su importancia, merece un tratamiento autónomo, siendo la prestación estatal absolutamente peculiar (el Estado debe mantener un sistema judicial eficiente, pues en caso de faltar éste cualquier derecho quedaría en la práctica vacío de contenido). Esta disposición organizativa no debe, sin embargo, caracterizarse por la discrecionalidad en lo que afecta a la designación del juez «natural» predeterminado por la ley (en este sentido, existe además un límite: el deber del Estado de abstenerse, por tanto un *non facere*). Debe, además, garantizarse no sólo el acceso a la jurisdicción, sino también la defensa completa y efectiva (incluida la posibilidad de la tutela cautelar), así como la igualdad de armas entre las partes en conflicto.

6. LA CLASIFICACIÓN «ESTRUCTURAL» ENTRE «PASADO» Y «PRESENTE»

De lo dicho hasta aquí no cabe colegir en absoluto que antes de la Constitución de 1947 no fuese posible llegar a la clasificación sumariamente expuesta en el párrafo precedente. Ciertamente, las nociones de derechos absolutos y relativos, derechos personales y reales, derechos potestativos y derechos a una omisión, etc., formaban parte del bagaje cultural de cualquier jurista desde hacía tiempo. La aplicación al Derecho constitucional de semejante conceptualismo era, empero, antes de ahora, imposible desde el punto de vista cultural⁶⁶, dada la universal aceptación de los derechos constitucionales como derechos exclusivamente contra el Estado. De esto es prueba la clasificación de Carl SCHMITT, que, todavía en 1928, distinguía los derechos del sujeto en garantías liberal-individualistas de la esfera individual de libertad, derechos del individuo en el Estado en cuanto ciudadano y derechos del individuo a las prestaciones del Estado⁶⁷, sin atender, sin embargo, al problema de la eficacia —directa o indirecta— de los derechos de libertad en relación con otros privados⁶⁸.

Después de la segunda guerra mundial, tras constatarse que el derecho subjetivo es una categoría de teoría general a la que no conviene la calificación de público o privado⁶⁹, será posible llegar a la clasificación referida en el párrafo precedente. Esta constatación es, a su vez, consecuencia, de un lado, de la diferente configuración del Estado desde la perspectiva del moderno constitucionalismo (es decir, el Estado «constitucional») y, de otro, del reconocimiento de que los derechos constitucionales pueden ser conculcados por los privados no menos que por los poderes públicos. Indicativo, en tal sentido, es el art. 2 de la Constitución italiana, que impone a nuestra República —y por tanto a todos los entes, estatales o no, que la componen, así como a los órganos legislativo, judiciales y administrativos— el reconocimiento y la garantía de «los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las organizaciones sociales donde desarrolla su personalidad». Obligación, la del art. 2, que no es, desde luego, ni superflua ni retórica. En efecto, dicha norma, de una par-

⁶⁶ La importancia del contexto cultural en la interpretación de las Constituciones es una constante en el pensamiento de P. HÄBERLE. De este autor, véase *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale (Die Wesensgehaltgarantie des Art. 9 Abs. 2 Grundgesetz)*, 1983), a cargo de P. RIDOLA, trad. it. de A. Fusillo y W. Rossi, NIS, Roma, 1993, especialmente págs. 182 y ss.; ID., «I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo», en VV.AA., *La democrazia alla fine del secolo*, a cargo de M. LUCIANI, Laterza, Bari, 1994, págs. 98 y ss., 140 y s., 160.

⁶⁷ C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., págs. 219 y ss., 228. En igual sentido, G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung*, cit., pág. 513. Sin embargo, ANSCHÜTZ subrayaba que los *Grundrechte* tutelados por la WRV eran ciertamente derechos públicos subjetivos pero derivados de la personalidad humana y no de la ciudadanía alemana.

⁶⁸ En el sentido de que la proclamación de los *Grundrechte* en la Constitución de Weimar constituye un «programa jurídicamente no obligatorio» en cuanto a las relaciones sociales y económicas, véase E. DENNINGER, *Staatsrecht*, vol. I, Rohwolt, Hamburg, 1977, pág. 142.

⁶⁹ E. CASSETTA, voz «Diritti pubblici subiettivi», cit., pág. 797.

te, impone a la República la consideración como «inviolables» («reconoce») de todos los derechos constitucionales, cualquiera que sea su naturaleza: individualista (como sujeto/individuo) o funcional (como miembro de organizaciones sociales); y, de otra, impone a la misma hacerlos respetar («garantiza») también en las relaciones entre sujetos privados (obviamente, en tanto tales derechos sean realmente predicables, por razones estructurales, entre privados)⁷⁰. Lo que, además de todo, deja sin fundamento la inconsistente distinción entre libertad para y libertad frente a⁷¹, que subestima la importancia de la concreta tutela (jurisdiccional y administrativa) asegurada por el Estado a los derechos individuales, ya por el papel que este último —sobre todo el democrático— debe desarrollar para que se den las premisas de hecho necesarias para el ejercicio extendido de los mismos.

• Pero los procesos históricos no son nunca lineales. Así, mientras aún existe resistencia a abandonar la idea de que los derechos constitucionales de los individuos consisten en pretensiones sólo en relación al Estado, paralelamente, no se puede omitir la existencia de un sector doctrinal y jurisprudencial distinto que, a través de diferentes concepciones y métodos, sigue otros criterios clasificadores de los derechos constitucionales.

Respecto al primer aspecto, no pueden, efectivamente, olvidarse ni la tesis alemana de la eficacia sólo «indirecta» de los derechos constitucionales fundamentales en las relaciones de Derecho privado, ni la doctrina estadounidense de la *State Action*. La primera produce, ciertamente, la extensión en las relaciones con terceros (privados) de la eficacia «horizontal» de los *Grundrechte*, pero manteniendo firme, en línea de principio, la naturaleza «defensiva» (es decir, de pretensión de abstención del Estado) de los derechos de libertad⁷². Por su parte, la segunda, presuponiendo la na-

⁷⁰ En otras palabras, no tiene sentido pretender por parte de los sujetos privados la satisfacción de un derecho social, ni tampoco tiene sentido sostener que la eficacia *erga omnes* de los derechos de libertad no permita, en el caso de contraposición entre dos libertades (por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento del periodista y la libertad de difusión del editor), un acuerdo satisfactorio por obra del legislador ordinario o bien del pacto. En el caso, pues, de un derecho de la persona, como la libertad de iniciativa económica privada, no se debe confundir la indisponibilidad de la libertad de iniciativa (esto es, de derecho de la persona como tal) con una afirmada indisponibilidad de los bienes de la empresa, que debe, en cambio, ser radicalmente negada, porque dicha disponibilidad deriva de la regulación de la propiedad privada. En fin, debe advertirse que la calificación de un derecho constitucional como relativo (así, un derecho a un *facere* o a un *non facere*), al mismo tiempo que implica la colaboración del deudor para su realización, supone también la abstención del tercero, sin que, sin embargo, pueda confundirse, aun a los fines de resarcibilidad del daño sufrido (con referencia al derecho de crédito), entre la obligación del deudor y los deberes del tercero.

⁷¹ Véase mi trabajo «Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 63, 1989, págs. 47 y ss.

⁷² En este sentido, véase, explícitamente, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, Muller, Heidelberg, 1993, núm. 352, págs. 148 y ss. Posteriores consideraciones en C. STARCK, «I diritti fondamentali», *cit.*, pág. 2544; en I. VON MÜNCH, «Vorbemerkungen zu den Art. 1-19», en *Grundgesetz-Kommentar*, a cargo de I. VON MÜNCH, vol. I, Bech, München, 1981, núms. 28 y ss., págs. 35 y ss.; y en H. D. JARASS y B. PIEROTH, *Grundgesetz Kommentar*, *cit.*, art. 1, núms. 22 y ss., págs. 37 y ss. Para un amplio, aunque sintético, tratamiento del problema de la eficacia «horizontal» de los *Grundrechte*, véase E. DENNINGER, *Staatsrecht*, *cit.*, vol. I, págs. 179 y ss.; vol. II, págs. 151 y ss.

turalza esencialmente pública de los derechos proclamados en el *Bill of Rights*, les protege también en las relaciones de los privados en tanto en cuanto las violaciones de estos últimos puedan en cualquier modo atribuirse al Estado⁷³.

Respecto al segundo aspecto debe, en cambio, hacerse referencia a la teoría de los «valores», que, en su acepción más radical y absoluta, incluye en el procedimiento calificadorio del jurista la consideración de ciertos principios que, aun cuando —en el mejor de los casos— tienen un apoyo textual en alguna disposición constitucional o legislativa, con fines concretamente operativos son utilizados sin los límites y las cautelas presentes en las disposiciones «de origen». El fenómeno no es nuevo, como algunos recuerdan. Antes bien, cabe sostener que estaba ya presente, en sus aspectos esenciales, en ARISTÓTELES, en la contraposición entre espíritu y letra, entre optimismo «progresista» y pesimismo «garantista»⁷⁴. En este siglo, el papel de los valores en el Derecho constitucional ha ocupado un lugar central en el debate entre los constitucionalistas de la época weimariana; también reaparece en Alemania durante el nazismo, en la «lucha por el derecho libre» y «contra el derecho subjetivo»⁷⁵; en Italia es objeto de discusión a propósito de los principios del Estado fascista⁷⁶. En tiempos bastante cercanos a los nuestros —finales de los años sesenta—, el recurso a los valores asumirá la veste del «uso alternativo del derecho» con exaltación de la «igualdad sustancial» (utilizada para cohonestar, entre otras, soluciones favorables al «trabajador subordinado», al «deudor», al «arrendatario») ⁷⁷. La misma será a menudo asumida por jueces e intérpretes como punto de referencia operativo de las decisiones judiciales. Un valor surgido confusamente en la época inmediatamente posterior (los años setenta) será el llamado derecho a ser informado, contradictoriamente deducido del art. 21 de la Constitución (que inequívocamente afirma el principio opuesto: la «libertad» de

⁷³ Sobre este punto, véase, evidentemente, *The constitution of the U.S. of America*, a cargo de L. S. JAYSON et al., U.S. Gov. Printing Office, Washington, D.C., 1973, págs. 1460 y ss. Asimismo, con un acercamiento problemático, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Found Press Mineola, N.Y., 1988, págs. 1688 y ss. Sobre la *State Action*, véase el atento análisis jurisprudencial contenido en la recientísima obra de J. M. BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw & Hill, Madrid, 1997, *passim*.

⁷⁴ ARISTÓTELES, *Retórica*, I (A), 15, 1375 a-b, *cit.*, en A. PACE, *La causa*, *cit.*, pág. 94.

⁷⁵ Véase M. LA TORRE, *La «lotta contro il diritto soggettivo»*. *Karl Lorenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè, Milano, 1988.

⁷⁶ Consideraciones muy útiles en S. BASILE, «“Valori superiori”. Principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie», en *Giur. Cost.*, 1993, págs. 2201 y ss.

⁷⁷ Es característica de aquellos años la teorización —a nivel sindical— del salario como «variable independiente». Antes que citar las «exageraciones» doctrinales de algunos actuales sostenedores de la teoría de los valores, me parece más convincente recordar las análogas exageraciones (motivadas, sin embargo, en finalidades políticas diferentes de las actuales) que, en nombre de los valores igualitarios, se venían sosteniendo cotidianamente hace más de veinticinco años. Véase, a este propósito, U. SCARPELLI, «I magistrati e le tre democrazie», en *Riv. Dir. proc.*, 1970, págs. 646 y ss. Preocupaciones análogas en contra del abuso de los valores, en E. DENNINGER, *Staatsrecht*, vol. II, *cit.*, págs. 136 y s., 183 y ss.

informar)⁷⁸. Hoy se habla del «mercado» como de un valor recogido constitucionalmente, aunque gracias a la adhesión a la Unión Europea, sin considerar, sin embargo, que el valor contenido en la libertad de iniciativa económica privada constitucionalmente garantizada es netamente diferente de la libertad de mercado⁷⁹. Igualmente, en cuanto al contenido, es distinta la intimidad garantizada indirectamente por las prohibiciones de registros e inspecciones personales y domiciliarias (arts. 13 y 14 de la Constitución) y del secreto de las comunicaciones «privadas» (art. 15 de la Constitución) del insinuado «valor de la intimidad» que arbitrariamente se ha deducido del art. 15 de la Constitución⁸⁰, y que algunas discutibles interpretaciones del llamado Garante de la *privacy* (creado por Ley de 31 de diciembre de 1996, núm. 675) han extendido para tutelar comportamientos todo lo contrario de reservados (en tanto «públicos»).

Me detengo aquí. Efectivamente, el examen crítico de los excesos de la teoría de los valores —de las restantes cuestiones me he ocupado en ocasiones anteriores⁸¹— me alejaría del tema en demasía. Me limito, por tanto, a añadir sólo unas palabras. Si se cree, como yo creo, en la importancia que la «escritura» de la Constitución y de los otros textos normativos reviste en un sistema que, como el italiano, es un sistema «de Derecho escrito» (art. 70 de la Constitución) —porque la «escritura» ha sido considerada entre nosotros tradicionalmente como un factor de (tendencial) certeza del Derecho y de mayor garantía para el sujeto más débil—, no se podrá negar que los valores no tienen otra relevancia para el jurista que aquella que pueda atribuírseles sobre el fundamento de las normas de Derecho⁸². Por tanto, el jurista no debe nunca acceder a interpretaciones del texto constitucional que, en el nombre de valores inexpresivos o de valores constitucionales reconocidos *pero con límites determinados*, fuercen la letra de las disposiciones constitucionales y hagan decir a la Constitución lo que no dice, o no dice en tales términos.

⁷⁸ Véase, en tal sentido, P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, págs. 29 y ss.; N. LIPARI, «Già diritto», en AA.VV., *Verso il diritto all'informazione*, a cargo de J. JACOBELLI, Laterza, Bari, 1991, págs. 90 y ss. Véanse, sin embargo, las precisiones en A. PACE, voz «Comunicazioni di massa (diritto)», en *Enc. Sc. sociali*, vol. II, Ist. Enc. It., Roma, 1992, págs. 182 y ss. En la jurisprudencia constitucional la utilización incorrecta de la expresión «derecho a la información» está presente, entre otras, en la sentencia núm. 826 de 1988. Al «derecho a ser informado» como derecho deducible de la libertad de información (*sic!*) alude expresamente la sentencia núm. 112 de 1993.

⁷⁹ A. PACE, «Libertà "del" mercato e "nel" mercato», en *Pol. Dir.*, 1993, págs. 327 y ss. También en AA.VV., *La Costituzione economica*, Atti del Covegno dell'AIC desarrollado en Ferrara, 11-12 de octubre de 1991, Cedam, Padova, 1977, págs. 175 y ss. En el mismo sentido, véase R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994.

⁸⁰ Sentencia de la Corte Constitucional núm. 81 de 1993, en *Giur. Cost.*, 1993, págs. 731 y ss., con observaciones críticas de A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza?)*. Véase, también, *supra*, nota 56.

⁸¹ Véase «Diritti fondamentali al di là Costituzione?», en *Pol. Dir.*, 1993, págs. 3 y ss., y *Potere costituente*, *cit.*, págs. 99 y ss., 131 y ss.

⁸² Sobre esto último, en tal sentido, véase S. BARTOLE, «L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori», en AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Atti del Seminario dell'AIC celebrado en Mesina el 23 de febrero de 1996, Cedam, Padova, 1997, pág. 19.

No se trata de una cuestión sin importancia, la experiencia jurídica es la que es. Por tanto, si determinada interpretación, aunque «desligada» del texto, se transformase en «derecho vivo», también un derecho de crédito o un derecho social, como alguna vez ha ocurrido⁸³, podría, por el jurista, ser «considerado» judicialmente como un derecho de la persona, máxime si, presuponiéndose la primacía del «valor personalista» en nuestra Constitución⁸⁴, se le diera una aplicación cargada de significaciones ideológicas. Pero que determinada situación jurídica subjetiva sea «considerada» derecho de la persona no significa que lo sea efectivamente. Y la utilidad conceptual de la precitada clasificación se encontraría al menos en esto: poniendo de relieve el desequilibrio entre el sistema constitucional de los derechos y la concreta experiencia jurisprudencial, el conocimiento de semejante clasificación serviría para solicitar la intervención del legislador, para que disponga expresamente esta determinada equiparación, que, aunque fuese privada de bases jurídicas ciertas, se mantendría siempre discutible y susceptible de replanteamiento jurisprudencial, aunque correspondiente a concretas y compartibles exigencias sociales. Si es indudable que las normas constitucionales (no de forma muy diferente a cualquier

⁸³ Bastará recordar, con este propósito, la famosa sentencia núm. 63 de 1996, en la que la Corte Constitucional afirmaría la imprescriptibilidad, en una controversia de relaciones de trabajo dependiente sin estabilidad en el empleo, de los créditos del trabajador respecto al empresario. Con lo que la Corte, aun negándolo expresamente, transformaría, bien entendido, el derecho de crédito del trabajador dependiente en un peculiarísimo (provisional) derecho de la persona (la fragilidad de la argumentación teórica de la sentencia núm. 63 de 1996 determinará las sucesivas y progresivas modificaciones jurisprudenciales; véanse las sentencias núms. 143 de 1969, 86 de 1971 y 174 de 1972). Esta situación, con el transcurso del tiempo, ha permitido a los jueces ordinarios acordar la tutela cautelar y provisional de urgencia (art. 700 c.p.c) primero de derechos de crédito ostentados por trabajadores dependientes que hayan demostrado su imprescindibilidad por motivos vitales (Pret. Roma, 10 de febrero de 1997, y Pret. Milano, 18 de noviembre de 1983, en *Lavoro* 80, 1984, pág. 167); a continuación, también los derechos de crédito de empresas de otro modo destinadas a la quiebra (Pret. Roma, 14 de febrero de 1983, en la causa Coop. ed. Il Manifesto c. Pres. Cons. Min., en *Foro it.*, 1983, I, c. 446). En el mismo orden de ideas debe ser recordada la sentencia de la misma Corte que ha transformado un derecho social —el derecho a la vivienda (art. 47 de la Constitución)— en un derecho de la persona, acordando en favor del conviviente *more uxorio* una tutela contractual que fácilmente habría podido ser adoptada por otra vía (sentencia núm. 404 de 1988 de la Corte Constitucional, en *Giur. Cost.*, 1988, págs. 1789 y ss., con observaciones críticas de A. PACE, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c. d. diritto «fondamentale» all'abitazione*).

⁸⁴ En este sentido, véanse, entre otros muchos, A. BALDASSARRE, «I diritti fondamentali», *cit.*, págs. 64 y ss.; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, págs. 9, 14 y ss. En sentido crítico, véase mi trabajo *Problemática*, *cit.*, pág. 3, y el subrayado de la mayor eficacia, con fines garantistas, de la tesis de la centralidad de los «derechos» humanos, respecto a aquella de la «persona humana» abstractamente considerada. Resulta, en cualquier caso, interesante observar cómo el concepto de «persona» ha estado, a través de los años, cargado de significados ideológicos que originalmente no tenía entre los juristas (*cf.* G. ABBAMONTE, «Libertà e convivenza», *cit.*, pág. 306) y que los mismos Constituyentes han rechazado (véase, también, mi trabajo *Problemática*, *cit.*, pág. 3). A la vista de la evidente diversidad conceptual que respecto a esta cuestión todavía separa a unos de otros, un Juan Pablo II, un Silvio Berlusconi, un Armando Cossutta y un Marco Pannella, es decir, un católico, un liberal (N. de T. El autor utiliza el término italiano «liberista», literalmente en castellano «librecambista», referido al defensor de un sistema económico basado en la libre concurrencia y en la limitación de la participación estatal en la economía), un marxista y un liberal-radical, no cabe pensar que de la crisis de las ideologías... extraería provecho el concepto de «persona humana», y no quedara sometido ya a opciones subjetivas.

norma) contienen una opción de valor, *a fortiori*, no puede olvidarse la existencia de un indiscutible valor constitucional, el de intervención legislativa⁸⁵, explicitado en toda la Parte primera y, desde luego, esencial y determinante en lo que afecta a las relaciones económico-sociales. Un «valor» —la mediación legislativa— del que deriva que la total «posición» del sujeto privado en nuestro ordenamiento no dimana exclusiva y exhaustivamente de la normativa constitucional⁸⁶.

⁸⁵ En este sentido, véase, también, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, *cit.*, págs. 210 y ss.

⁸⁶ Y es, precisamente, la consideración de la heterogénea articulación constitucional de las fuentes habilitadas para regular los diversos aspectos de las relaciones (diferentes entre sí, no sólo por lo que se refiere al «haber», sino también por lo que afecta al «ser») lo que mantiene las dudas acerca de la conformidad con la Constitución (más allá de su misma operatividad práctica) de la engañosa propuesta de «superar el esquema de los derechos subjetivos para instar el reconocimiento del valor de la persona y su genuino significado racional en cada dimensión jurídica, carácter cualificante de un ordenamiento» (N. LIPARI, «Diritti fondamentali», *cit.*, págs. 339 y ss.). Por lo demás, una cosa es que el ordenamiento admita, excepcionalmente, en consideración a las específicas circunstancias de hecho, una derogación a las normas generales (así en el Derecho penal) o la utilización de una tutela procesal de otro modo no pertinente (la admisibilidad de la tutela cautelar del derecho de crédito del trabajador dependiente como si se tratase de un derecho de la persona), y otra que la consideración de la «persona humana» sea, en sí y por sí, el parámetro de resolución de las controversias. Sobre la incompatibilidad en vía de principio del método casuístico, con algunas normas de la vigente Constitución, véase L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, págs. 118 y ss.

