



NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

ANTONIO D'ATENA

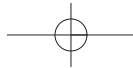




SUMARIO

1. PREMISAS. 2. LA IMPRONTA IDEOLÓGICA (AXIOLÓGICA) DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEOS Y EL CARÁCTER ESPECÍFICO DE LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL. 3. LA CUESTIÓN DE LA PRESCRIPTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES PROGRAMÁTICAS DE LA CONSTITUCIÓN. 4. LA CONSTITUCIÓN COMO SISTEMA DE PRINCIPIOS Y VALORES EN RECÍPROCA TENSIÓN. EL PROBLEMA DE LAS PRIORIDADES. 5. SIGUE: LA ALTERNATIVA ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN. 6. LAS EXIGENCIAS DE DESARROLLO DE LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL Y LA INTRODUCCIÓN DE PROCEDIMIENTOS «AD HOC».





Fecha recepción: 28.01.2009
Fecha aceptación: 16.02.2009

NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL*

POR

ANTONIO D'ATENA

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad
de Roma «Tor Vergata»

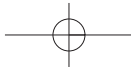
1. PREMISAS

El «género literario» Constitución presenta una característica estilística peculiar. Nos referimos al hecho de que, en los documentos constitucionales, junto a las disposiciones «completas» (o *self-executing*) —es decir, a las disposiciones inmediatamente capaces de producir todos los efectos en vista de los cuales han sido adoptadas— existen, con muy notable frecuencia, disposiciones no autosuficientes que, para desplegar toda su potencialidad, necesitan de la intermediación del legislador. Las normas de ejecución adoptadas por éste tienen, en efecto, la función de completar su contenido con el fin de alcanzar los objetivos indicados por aquéllas.

Se trata de una característica que el constitucionalismo moderno presenta desde su origen. Esto se ve confirmado por las primeras Constituciones históricas: las constituciones que se dieron las colonias norteamericanas con anterioridad a la formación de los Estados Unidos de América. En aquéllas los ejemplos de esta técnica normativa son numerosos. Piénsese a los repetidos enunciados de la se-

* Traducción al castellano del abogado Martín Loo Gutiérrez, doctorando en Derecho Público en la Universidad de Roma «Tor Vergata».





 ANTONIO D'ATENA

paración de poderes¹ o a aquélla del principio de la frecuencia de las elecciones². Piénsese, todavía, a las normas que obligaban al Estado a construir escuelas, a regular las sucesiones hereditarias en modo tal de conjurar las «perpetuidades»³, a modificar la propia legislación penal para limitar las penas cruentas⁴, a prever cauciones y multas de cuantía no excesiva⁵, o a adoptar una legislación orientada a promover la virtud y a desanimar el vicio y la inmoralidad⁶.

El significado histórico-político de similares enunciados no se elude.

Elas anticipan el modelo de sociedad que los padres de la Constitución pretenden realizar, indicando los objetivos que, para tal efecto, deben ser perseguidos por el legislador. Tomando las palabras de un muy importante jurista italiano, miembro de la asamblea constituyente (1946-1947) —Piero Calamandrei— se podría decir que tales enunciados constituyen una suerte de «revolución prometida»⁷.

Se trata, por lo demás, de disposiciones que se fundan, normalmente, su una elección de valores dotados de una fuerte carga ideológica (o axiológica).

2. LA IMPRONTA IDEOLÓGICA (AXIOLÓGICA) DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEOS Y EL CARÁCTER ESPECÍFICO DE LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL

Tal impronta ideológica (axiológica) es particularmente marcada en los textos constitucionales del siglo XX, los cuales contienen numerosos enunciados de este tipo.

¹ Maryland, VI, North Carolina, IV

² North Carolina, XX.

³ North Carolina, XLIII: «That the future Legislature of this State shall regulate entails, in such a manner as to prevent perpetuities»; Vermont, Section XXXIV: «The future legislature of this State, shall regulate entails, in such manner as to prevent perpetuities»; Pensilvania: Sect. 37: «The future legislature of this state, shall regulate intails in such a manner as to prevent perpetuities».

⁴ South Carolina, XL: «That the penal laws, as heretofore used, shall be reformed, and punishments made in some cases less sanguinary, and in general more proportionate to the crime».

⁵ Vermont, Section XXVI: «Excessive bail shall not be exacted forailable offences: and all fines shall be moderate».

⁶ Vermont, Section XLI: «Laws for the encouragement of virtue and prevention of vice and immorality, shall be made and constantly kept in force».

⁷ CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, en *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, dirigido por P. Calamandrei y A. Levi, Firenze 1950, vol. I, p. XXXV, IDEM, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, en AA.VV., *Dieci anni dopo*, Bari 1955, 215.



 NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

Se trata, antes que nada, de las disposiciones programáticas en sentido restringido, mediante las cuales se representan las líneas de desarrollo del ordenamiento, a través de la fijación de los objetivos que el legislador se encuentra llamado a perseguir. A esta categoría pertenecen —por ejemplo—, con referencia a la Constitución Italiana, las disposiciones que imponen al Estado la promoción de las autonomías locales (art. 5), la protección de la juventud, de la maternidad y de la infancia (art. 31, apartado 2), la tutela del ahorro (art. 47), el desarrollo del artesanado (art. 45, apartado 2), la tutela del paisaje y del patrimonio histórico y artístico de la Nación (art. 9, apartado 2), el derecho de defensa de los desposeídos (art. 24, apartado 3). Y se podría continuar...⁸

A la misma categoría pueden ser reconducidas, además, las disposiciones mediante las cuales el constitucionalismo liberal ha respondido a la crítica de las, así llamadas, libertades «burguesas», efectuada por el pensamiento marxista⁹. Nos referimos a las cláusulas sobre los derechos sociales¹⁰. Estas cláusulas han hecho su primera aparición en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919. Mediante ellas se reconocen derechos —como el derecho a la salud (art. 32 Const. it.), a la retribución «suficiente» (art. 36 Const. it.), el derecho a la igualdad de tratamiento de la mujer trabajadora y de los menores (art. 37 Const. it.), el derecho a la asistencia social, en la multitud de sus manifestaciones (art. 38 Const. it.), el derecho al trabajo (art. 4 Const. it.)— a los cuales no se adapta la configuración eminentemente negativa de las clásicas libertades decimonónicas del cuyo catálogo forman parte. Tales derechos, en efecto, se presentan

⁸ En la Constitución italiana se cuentan alrededor de veinte disposiciones programáticas. Además de aquéllas citadas en el texto pueden recordarse las disposiciones que, respectivamente, promueven: la igualdad sustancial (art. 3, apartado 2), las condiciones que hacen efectivo el derecho al trabajo (art. 4, apartado 1), la cultura y la investigación (art. 9, apartado 1), la tutela de las minorías lingüísticas (art. 6), la instrucción de los capaces y meritorios (art. 34, apartados 2, 3), el mejoramiento profesional de los trabajadores (art. 35, apartado 2), el incremento de la cooperación mutualista (art. 45 apartado 1), el acceso del ahorro popular a la propiedad de la casa habitación (art. 47 apartado 2), la democratización de las fuerzas armadas (art. 52, apartado 3), la independencia de los integrantes del Consejo de Estado, de la Corte de Cuentas (Art. 100) y de la Corte Constitucional (art. 137, apartado 1), así como la de los jueces de las jurisdicciones especiales, del ministerio público adscrito a ellas y de los terceros que participan en la administración de justicia (art. 108, apartado 2).

⁹ Sobre el punto: BATTAGLIA, *Dichiarazioni dei diritti*, en *Encicl. dir.*, XII, Milano 1964, 417 ss.

¹⁰ Sobre los problemas que el reconocimiento de los derechos sociales pone, v., en la literatura italiana: MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, en *Encicl.dir.*, XII, Milano 1964, 802 ss.; BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Encicl. giur. Treccani*, XI, Roma 1988 (ahora en *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 123 ss.); PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, II ed., Padova 1990, 59 ss.; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova 1995, 97 ss.



ANTONIO D'ATENA

como *derechos a prestaciones*, cuyo goce está o se encuentra subordinado a intervenciones positivas, la mayor parte de las veces, entregadas a los poderes públicos¹¹.

3. LA CUESTIÓN DE LA PRESCRIPTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES PROGRAMÁTICAS DE LA CONSTITUCIÓN

El problema preliminar puesto por las técnicas constitucionales reseñadas en el párrafo precedente es el problema de la eficacia¹². En efecto, debemos preguntarnos si los enunciados que hacen uso de esta técnica se encuentran exclusivamente dirigidos al legislador o, por el contrario, gozan de una inmediata capacidad prescriptiva.

En ciertos casos, el problema es resuelto por el derecho positivo. Piénsese, por ejemplo, en el art. 53, apartado 3, de la Constitución Española vigente, el cual subordina expresamente la aplicación jurisdiccional de las disposiciones contenidas en el capítulo tercero del título segundo de la Constitución (relativo a los «principios rectores de la política social y económica») al «desarrollo» por parte del legislador de las disposiciones ahí contenidas¹³. Piénsese también en el artículo 1, apartado 3, de la Ley Fundamental alemana el cual —acogiendo la solución opuesta— establece que los derechos fundamentales contemplados en la Constitución (algunos de los cuales presentan la naturaleza de derechos sociales¹⁴) vinculan «como derecho inmediatamente eficaz» a los tres poderes del Estado¹⁵.

¹¹ A propósito, cfr. especialmente GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, II, 1, segunda edic., Torino 1991, 274 ss., así como, MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, cit., 804. V., Por otro lado, sobre las intervenciones positivas orientadas a asegurar el pleno ejercicio de los derechos de libertad: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 28, nt 1.

¹² Para una síntesis del debate sobre el punto, cfr.: NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano 1986, 69 ss.; *adde*: DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Torino 1982, 27 ss.

¹³ Sobre el argumento, v. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Madrid 1996, 129 (quien, de todos modos, da noticia de la orientación jurisprudencial según la cual tales principios tendrían efectos —independientemente de su actuación legislativa— en sede de interpretación sistemática de la Constitución y de la interpretación conforme a la Constitución de las leyes ordinarias).

¹⁴ ...como el derecho a la tutela de la maternidad (art. 6, apartado 4) y de la tutela asegurada a los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 6, apartado 5).

¹⁵ «Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht». En general, sobre la previsión: STARCK, en MANGOLDT, KLEIN, STARCK (curadores), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, IV ed, München 1999, vol. 1, sub Art.1, 123 ss.; con referencia, respectivamente, a la tutela de la maternidad y de los hijos nacidos fuera del matrimonio: ROBBERS, *ibidem*, sub Art. 6, 835, 841.



NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

Sin embargo, en general, los textos constitucionales no ofrecen indicaciones igualmente claras. En tales casos, la alternativa enunciada al principio de este párrafo presenta una relevancia enorme.

Si se acoge la primera impostación, a las disposiciones programáticas se les reconoce la naturaleza de prescripción con eficacia diferida, las cuales pueden producir efectos jurídicamente apreciables en cuanto el legislador las haga operantes adoptando las necesarias normas de actuación¹⁶. Bajo este criterio, en consecuencia, aquéllas son entendidas —en último término— como meras recomendaciones dirigidas al Parlamento, si no como veleidosas declaraciones de buenas intenciones.

Si, en cambio, se adhiere al segundo planteamiento, de la presencia de estas normas programáticas se pueden deducir tres consecuencias:

Puede, en particular, afirmarse:

- a) que establecen un vínculo jurídico (y no solamente político) para el legislador;
- b) que acarrear la inconstitucionalidad de las normas jerárquicamente subordinadas que les sean incompatibles;
- c) que concurren a la determinación de los principios generales del ordenamiento jurídico utilizables, sea para la superación de las lagunas, sea en sede de interpretación sistemática.

Es esta última la lectura que se ha afirmado en Italia para las disposiciones programáticas de la Constitución, a continuación de un vivo debate que ha visto su mayor protagonista en uno de los más significativos constitucionalistas italianos del Novecientos: Vezio Crisafulli¹⁷. La Corte Constitucional, de hecho, desde su primera decisión (sentencia N.º 1 del 1956), ha sostenido que está habilitada para anular leyes contrastantes con normas programáticas de la Constitución.

¹⁶ Después de la entrada en vigor de la Constitución Italiana de 1947, este planteamiento ha sido acogido por la jurisprudencia predominante, la cual partiendo del presupuesto de que las disposiciones programáticas fuesen dirigidas exclusivamente al legislador, negaba que pudieran desplegar una inmediata incidencia sobre la legislación anterior. Así, entre otras: Cass. Pen., 7.2.1948, en *Foro it.*, 1948, II, 57; Cons. St., V, 26.5.1948, en *Giur. it.*, 1948, III, 81; App. Brescia, 16.7.1948, en *Corte Bresc.*, 1948, II, 72. Un cuadro exhaustivo de las diversas orientaciones expresadas por la jurisprudencia común con referencia a las disposiciones de la nueva Constitución puede encontrarse en la *Rassegna di giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali (dal 1948 al 1955)*, en *Giur.cost.*, 1956, 272 ss.

¹⁷ Cfr. especialmente los trabajos contenidos en CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, *passim*, al cual *adde* BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, especialmente 55 ss.

ANTONIO D'ATENA

Para medir el verdadero valor de tal solución, puede ser útil un ejemplo tomado del art. 37 Const. it. Esta disposición prevé que las condiciones de trabajo de la mujer trabajadora deben «permitir el cumplimiento de su esencial función familiar y asegurar a la madre y al niño una especial protección».

Entonces es evidente que, para realizar enteramente la finalidad indicada por la norma, la intervención del legislador es indispensable. Sólo el legislador, en efecto, puede prever licencias retribuidas por causa de maternidad¹⁸, beneficios de seguridad social para la madre¹⁹ trabajadora o la creación obligatoria de salas cunas en los lugares de trabajo. Esto no significa, sin embargo, que a la espera de leyes de actuación, la norma constitucional se encuentre condenada a la total ineficacia; la norma constitucional, en efecto, es idónea para transformar en inconstitucional eventuales normas legales que prevean el despido por causa de la maternidad y justifica, en consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de tales normas por parte de la Corte Constitucional²⁰.

Pero no basta.

De la presencia en la Constitución de normas programáticas no actuadas, la jurisprudencia puede deducir, también, consecuencias más intensas.

Un ejemplo particularmente significativo ofrece en Italia el art. 36, apartado 1, que dispone que a los trabajadores les corresponde una retribución «suficiente» y proporcionada a la *calidad y cantidad* del trabajo desempeñado.

Que se trate de una disposición programática es de plena evidencia.

Aquella, en efecto, indica los caracteres generales que debe presentar la retribución, pero no cuantifica la retribución en sí misma. No dice, por ejemplo, cuál retribución sea proporcionada a la calidad del trabajo de un tipógrafo y cuál a la cualidad del trabajo de un enfermero o de un anestesista...

Para hacer operativa esta norma, el art. 39 de la Constitución ha previsto una especial fuente del derecho: el contrato colectivo de derecho público, el cual debe ser estipulado por delegaciones compuestas por *todos* los sindicatos «regis-

¹⁸ Sobre el nexo entre la indemnidad diaria por maternidad, prevista por la ley italiana y la protección constitucional de la madre trabajadora, v., por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional la sent.N.º 132/1991, en *Giur.cost.*, 1991, 1265.

¹⁹ Sobre la necesidad de que tales beneficios sean aplicados, sea a las madres casadas, sea a aquellas no casadas, v., últimamente: Corte cost., sent. N.º 281/2005, en *Giur. cost.*, 2005, 2734.

²⁰ La cuestión no ha sido planteada en estos términos a la Corte Constitucional italiana, sino que en modo parcialmente distinto. Se trataba, de hecho, de una norma que preveía la ineficacia del despido intimado durante la gestación y el puerperio, hasta el cumplimiento de un año de edad del niño. La Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la norma, la cual, para conformarse con el art. 37 Const. habría debido prever la *nulidad* y no la mera *ineficacia* del despido dispuesto en tal período (sent. N.º 61/1991, en *Giur.cost.*, 1991, 222, con nota de SCAGLIONE, *È nullo il licenziamento della lavoratrice madre*, *ibidem*, 2405 ss.).

 NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

trados» de la categoría a la cual el contrato se refiere (se trata de los llamados contratos colectivos *erga omnes*). A esta fuente del derecho, la Constitución ha demandado —categoría por categoría— la fijación de la relación entre calidad del trabajo y medida de la retribución.

Pero, debido a la oposición de muchos sindicatos, el art. 39, a sesenta años de la entrada en vigencia de la Constitución, no ha recibido atención. El legislador, en efecto, nunca ha disciplinado el procedimiento de registro de los sindicatos.

De esta situación se extraen dos consecuencias:

- que los únicos contratos colectivos de trabajo existentes son aquellos de derecho privado: celebrados por cada uno de los sindicatos (no registrados) y eficaces limitadamente a los trabajadores inscritos en ellos;
- que los trabajadores no inscritos en algún sindicato (o, más exactamente, no inscritos en un sindicato que haya firmado un contrato colectivo) se encuentran privados de toda tutela.

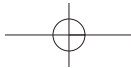
Y bien, es evidente que, si los jueces italianos hubieran acogido la primera de las dos tesis indicadas al comienzo de este párrafo, el art. 36 de la Constitución habría sido letra muerta.

No ha sido éste, sin embargo, el camino concretamente recorrido por la jurisprudencia. Ésta, en efecto, para dotar de tutela también a los trabajadores no inscritos en algún sindicato ha decidido dar directa aplicación al art. 36. A partir de esta norma, aquélla ha deducido el propio poder de individualizar la cuantía concreta de la retribución. No obstante, para evitar proceder a valoraciones arbitrarias, la jurisprudencia ha decidido obtener la antes mencionada medida de los contratos colectivos de trabajo de derecho privado.

Según su juicio, en efecto, los contratos colectivos de derecho privado, si bien no siendo jurídicamente eficaces respecto a los trabajadores no inscritos en los sindicatos contratantes, proporcionarían estimaciones particularmente atendibles de la correspondencia entre calidad del trabajo y la medida de la retribución. Aquéllos, en consecuencia, permitirían al juez «rellenar» el art. 36 de la Constitución, completando su disciplina y otorgando, de este modo, un contenido concreto al principio de la proporcionalidad de la retribución a la «calidad» del trabajo desempeñado.

4. LA CONSTITUCIÓN COMO SISTEMA DE PRINCIPIOS Y VALORES EN RECÍPROCA TENSIÓN. EL PROBLEMA DE LAS PRIORIDADES

El reconocimiento de que las disposiciones programáticas de la Constitución puedan producir efectos antes de la adopción de las normas de actua-



 ANTONIO D'ATENA

ción, sin embargo, no resuelve todos los problemas. Esto se debe a que los valores que son constitucionalizados a través de tales disposiciones son —en general— valores heterogéneos. En algunos casos se trata de valores en recíproca tensión.

La exactitud de esta afirmación se ve confirmada por la Constitución italiana vigente la cual, —si es leída atentamente— deja ver una estructura axiológica particularmente articulada y compleja, que incluye valores como: la igualdad (entendida también en sentido sustancial)²¹, la dignidad del Hombre²², la democracia²³, el pluralismo²⁴, la libertad²⁵, la paz²⁶, la unidad nacional²⁷, la fami-

²¹ Art. 3, apartados 1 y 2. Sobre la igualdad sustancial, cfr.: ROMAGNOLI, *Il principio di eguaglianza sostanziale*, en *Comm. cost. Branca, I, Principi fondamentali*, Roma-Bologna 1975, 162 ss.; CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova 1984.

²² Tal valor encuentra directa enunciación en los arts. 41, apartado 2; 33, apartado final y 36, apartado 1, los cuales, respectivamente, prescriben: *a*) que la iniciativa económica privada no pueda producir daño a la «dignidad humana»; *b*) que los tratamientos sanitarios deben ser practicados «con respeto de la persona humana»; *c*) que la retribución debe asegurar al trabajador y a su familia una existencia «libre y digna». Este valor, además, subyace a todas las normas sobre la libertad (comenzando por aquella sobre la libertad «personal») y a diversas disposiciones (como aquella que, prohibidos los tratamientos «contrarios al sentido de humanidad», enuncia el principio del carácter reeducativo de la pena: Art. 27, apartado 2). El complejo de tales disposiciones deja traslucir una concepción del hombre (*Menschenbild*) fundada, precisamente, sobre la dignidad de la persona.

²³ Se piense al art. 1, apartado 1 (que califica la República como «democrática»), a las normas sobre el derecho a voto y sobre el *referéndum* (arts. 48, 75, 123, apartado 1, 138), a las disposiciones sobre las asambleas representativas (de los diversos niveles territoriales de gobierno), a la previsión que subordina el registro de los sindicatos a la subsistencia de un ordenamiento interno de base democrática (Art. 39, apartado 3), a la norma que impone a los partidos el empleo del «método democrático» (Art. 49), a la disposición en cuya virtud el ordenamiento de las fuerzas armadas debe ser caracterizado del «espíritu democrático» de la República (Art. 52, apartado final, sobre el cual, para este aspecto: BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milano 1988, spec. 156 ss.).

²⁴ Tal valor se puede obtener del apartado que reconoce la esencial función de las formaciones sociales en las cuales se desarrolla la personalidad del hombre (art. 2, apartado 1), del principio de la promoción de las autonomías locales (art. 5), de las disposiciones sobre el pluralismo religioso, sindical y partidario (arts. 8, 39 y 49), del amplio reconocimiento del cual goza la libertad de asociación (art. 18), de la norma que prevé la tutela de las minorías lingüísticas (art. 6).

²⁵ Cfr. especialmente los arts. 2 y 13 ss.

²⁶ Art. 11, que admite la «limitación de la soberanía» finalizada a la creación de un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones. En el tema: CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, Napoli 1990.

²⁷ Obtenible del principio de «unidad» e «indivisibilidad» de la República del que trata el art. 5, apartado 1, Cost.



 NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

lia²⁸, la maternidad²⁹, el trabajo³⁰, la salud del ambiente³¹, la defensa nacional³².

No es el momento de profundizar ahora en el análisis. Aquello que urge sacar a la luz es que una de las más significativas características estructurales de los documentos constitucionales contemporáneos se encuentra constituida por la coexistencia de principios y valores heterogéneos en tensión recíproca³³ (Max Weber hablaba, en relación con esto, de politeísmo de los valores³⁴). Esto resulta del carácter compromisorio de gran parte de las Constituciones del siglo XX (a partir de la Constitución de Weimar). Estas Constituciones son, frecuentemente, el fruto del encuentro en las Asambleas constituyentes de fuerzas políticas portadoras de visiones del mundo diferentes (y, en consecuencia, de diversos valores o, al menos, de distintas prioridades entre ellos)³⁵. Consecuencia de aquello, la legalidad constitucional no resulta ordenada en torno a principios informadores unitarios, o al menos homogéneos, sino que se presenta valóricamente conflictiva.

El fenómeno puede advertirse en términos singularmente claros, precisamente, con referencia a las disposiciones programáticas. Tales disposiciones, de hecho, son susceptibles de entrar en ruta de colisión recíproca, cada vez que la

²⁸ Cfr., más allá de las disposiciones específicamente dedicadas al fenómeno (arts. 29-32), aquellas que se refieren a él indirectamente, como el art. 36 (que, como se ha visto, finaliza la retribución a asegurar una subsistencia libre y digna al trabajador y a su familia), o el art. 37 (con referencia a la función familiar de la mujer trabajadora). Sobre la vinculación sistemática de estas disposiciones, cfr. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, en *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 144 ss.

²⁹ Cfr. arts. 31, apartado final, y 37, cit.

³⁰ Artículos 1, apartado 1 («La Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo»), 4 (derecho al trabajo), 35 ss.

³¹ Cfr. sobretodo los arts. 9 y 32. Sobre el tema: SIMONCINI, *Ambiente e protezione della natura*, Padova 1996, 109 ss.

³² ...que el art. 52, apartado 1, califica como «sagrado» deber del ciudadano.

³³ Sobre tal complejidad axiológica, cfr., en general: HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980; ID., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Freiburg-München 1981.

³⁴ Cfr., por ejemplo: WEBER, *La scienza come professione*, en *Il lavoro intellettuale come professione: due saggi* (Nota introductiva de D. Cantimori, trad. de A. Giolitti), Torino 1985, 31.

³⁵ Fundamental, sobre tal aspecto —con referencia a la Constitución de Weimar aunque en términos susceptibles de extensión— las consideraciones de SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. italiana curada por A. Caracciolo, Milano 1984, 48 ss. Con específica relación al pacto del cual ha nacido la Constitución italiana del 1947, v. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 30 ss. V., finalmente, en términos generales: MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, en *Encicl. dir.*, XI, Milano 1962, 184 ss.



ANTONIO D'ATENA

plena realización del objetivo al cual cada una de ellas se encuentra orientada sea incompatible con la plena realización de los objetivos de otras normas programáticas.

Piénsese —por ejemplo— en las posibles tensiones entre dos objetivos frecuentemente contemplados por las Constituciones: la tutela ambiental y el desarrollo económico. Es evidente, en efecto, que una tutela ambiental *absoluta* no permitiría la creación de ninguna estructura productiva susceptible de ocasionar alguna incidencia en el ambiente natural. No permitiría, por ende, la creación de fábricas o de centrales para la generación de energía eléctrica, colocándose, consecuentemente, en conflicto con el objetivo del desarrollo económico. Es, de otra parte, igualmente evidente que un desarrollo económico *absoluto* no sería respetuoso del medio ambiente, que vendría sacrificado en vista del objetivo de la producción.

Pero, como se puede advertir, el discurso puede hacerse en términos más generales. En efecto, el conflicto axiológico puede surgir también entre disposiciones y disciplinas estructuradas de manera distinta. Piénsese —por ejemplo— en la tensión entre igualdad y libertad, sobre la cual se juega la entera dinámica de las democracias liberales contemporáneas: la igualdad —como ha subrayado con ejemplar claridad Thomas Mann en un discurso efectuado en la Universidad de Chicago en el año 1950— contiene en sí el germen de la tiranía y la libertad el germen de la disolución anárquica³⁶. Piénsese, todavía —a modo de ejemplo— en la tensión entre unidad y autonomía (cuya dialéctica deja huella en los ordenamientos federales y regionales)³⁷.

El mayor problema que tal complejidad axiológica acarrea es el de la prioridad para resolver los conflictos entre valores, sean estos potenciales o reales.

En muchos casos, el problema se encuentra resuelto por la Constitución, la cual procede directamente al contrapeso de los valores por ella reconocidos.

³⁶ MANN, *Meine Zeit*, hoy en *Über mich selbst. Autobiographische Schriften*, Frankfurt am Main 1994, 25: «Sie widersprechen einander und können nie zu idealer Vereinigung gelangen, denn Gleichheit trägt in sich die Tyrannei und Freiheit die anarchistischen Auflösung».

³⁷ Al respecto, con referencia a la segunda tensión, cfr. las clásicas elaboraciones de TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, y de FLEINER, *Unitarismus und Föderalismus in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Jena 1931. En relación con la primera tensión, entre los trabajos más recientes: D'ATENA, *Das demokratische Prinzip im System der Verfassungsprinzipien*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (47), 1999, 1 ss., ID., *La liberal-democrazia*, en *Lezioni di diritto costituzionale*, II. ed. Torino 2006, 41 ss., al cual se reenvía per ulteriores referencias.



NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

En Italia esto ocurre —por ejemplo— en la tensión entre las dos polaridades de la democracia-liberal o en la tensión entre la unidad y la autonomía, de las cuales se ha apenas hablado, las cuales encuentran la propia solución en la específica dosificación entre los elementos antagonistas concretamente realizado por la disciplina constitucional.

No faltan, además, casos en los cuales el texto constitucional explicita claramente las prioridades sobre cuya base construye las propias prescripciones³⁸.

La Constitución italiana, por ejemplo, subordina expresamente la libertad de manifestación del pensamiento a las buenas costumbres, prohibiendo «las publicaciones de prensa, los espectáculos e todas las manifestaciones contrarias a las buenas costumbres», que se entienden, según la actual interpretación, como moral sexual (art. 21 apartado 6). Una solución análoga es adoptada por la Constitución en relación con otro derecho fundamental garantizado por ella: la libertad religiosa. El art. 19 excluye de la garantía constitucional los «ritos contrarios a las buenas costumbres».

Prosiguiendo con la ejemplificación, se puede recordar que la Constitución italiana siempre subordina la inviolabilidad del domicilio a la salubridad, previendo expresamente inspecciones domiciliarias por motivos de sanidad (art. 14, apartado 3), así como subordina la libertad de reunión a la incolumidad y a la seguridad pública, estableciendo que las reuniones en lugar público pueden ser prohibidas «solamente por comprobados motivos de seguridad o de incolumidad pública» (art. 17, apartado 3).

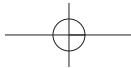
Existen, sin embargo, casos en los cuales las Constituciones no establecen claras prioridades; es decir, no prevén un ordenamiento jerárquico de los valores. En estas hipótesis el politeísmo de los valores, del que hablaba Max Weber, puebla un Olimpo sin jerarquías.

De aquí surgen tensiones sin un criterio claro de composición: como aquella entre el desarrollo económico y la protección ambiental³⁹, de la cual ya se ha hablado antes, o aquella entre la tutela del paisaje (art. 9 Const. it.) y la defensa nacional⁴⁰, entre el derecho de huelga y los derechos de las personas susceptibles

³⁸ Sobre el punto, por todos: BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 304, 306; CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., 96 s.

³⁹ Tal tensión es frecuentemente subrayada con referencia a la disciplina establecida por los tratados comunitarios. Cfr., por ejemplo: BLECKMANN, *Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, en *Europarecht*, 1979, 243 ss.; GERARD, *Intervento*, en AA.VV., *L'Europe et ses Régions*, Liège-La Haye 1975, 144.

⁴⁰ Sobre la jurisprudencia constitucional sobre el aspecto, v. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., 95.



 ANTONIO D'ATENA

de entrar en colisión con él⁴¹, entre la *privacy* (en el límite en el cual se encuentra tutelada constitucionalmente⁴²) y el derecho de crónica.

5. SIGUE: LA ALTERNATIVA ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN

Para afrontar los problemas que ponen en evidencia las tensiones sin resolver (o resueltas con poca claridad), la doctrina indica dos soluciones que son, en general, presentadas como alternativas.

La primera solución —que goza de amplia aceptación en Alemania— es aquella de la necesaria mediación legislativa. Según este criterio, las prioridades deberían ser establecidas por el legislador, con una decisión política autónoma⁴³: una decisión sustraída al control de la jurisdicción constitucional.

El segundo planteamiento es aquél que cuenta con más adeptos en Italia. En base a éste, la ordenación pluralista de los valores acogido por la Constitución postularía un meta-valor: el mantenimiento del equilibrio entre los mismos valores. En virtud de tal meta-valor, ningún valor justificaría el completo sacrificio de los valores que se encuentren en conflicto con él. Sobre estas bases, la técnica privilegiada es individualizada en el balance (o armonización) entre los valores, que debería realizar el juez sobre la base de criterios de racionalidad⁴⁴.

⁴¹ Sobre el argumento, sea consentido reenviar a D'ATENA, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: profili sistematici*, en *Giust. civ.*, 1994 (y en *Studi Galeotti*, I, Milano 1998) IDEM, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Italia*, en *Il diritto del lavoro*, 1995; IDEM, *Costituzione e autorità indipendenti. Il caso della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, en *Lav. e dir.*, 1996 (publicado también en PREDIERI (curador), *Le autorità indipendenti nei sistemi costituzionali ed economici*, Firenze 1997); IDEM, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, en *Encicl.dir.*, III.^a actualización, Milano 1999.

⁴² Sobre los fundamentos y los límites de tal tutela, v. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 213 s.; GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 259 s. Adde, con referencia específica a la experiencia norteamericana: BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma 1974, 361 ss.

⁴³ Así, por ejemplo: STARCK, *La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, en AA.VV., *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra 1995, 70 (y las referencias ahí señaladas).

⁴⁴ Cfr. sobretodo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti giustizia*, Torino 1992, 11 s. Adde: MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 101: «Nel bilanciamento (il singolo diritto preso come valore di riferimento) potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti (...) fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragione d'essere».



NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

Cada una de las dos tesis goza de un fondo de verdad.

En ciertos casos, la insustituibilidad de la intervención del legislador no puede ser puesta en discusión. La hipótesis se presenta —por ejemplo— en los llamados *derechos a prestaciones* los cuales, si bien pudiendo producir algunos efectos antes de la adopción de las normas para su actuación, pueden ser *plenamente* operantes sólo gracias a tales normas⁴⁵. Es evidente, de hecho, que sólo el legislador puede ofrecer a la madre trabajadora la garantía de los permisos por maternidad. Y es siempre sólo el legislador quien, financiando la construcción de hospitales públicos, puede dotar al derecho a la salud de que trata el art. 32 de la Const. it. de la efectividad de la cual, de otro modo, carecería.

Aquello que no puede ser admitido es que al órgano legislativo se le reconozca un rol privilegiado en la solución de la *totalidad* de los conflictos axiológicos presentes en la Constitución. Aquél, en efecto, operando sobre la base del principio mayoritario, se encuentra fatalmente inclinado a resolver las tensiones presentes en el texto constitucional privilegiando uno u otro de los términos en conflicto y, por ende, alterando —si no perturbando— el equilibrio presente en la Carta Fundamental⁴⁶.

Por ejemplo, es razonable suponer que, debiendo fijar los límites al ejercicio del derecho a huelga, una mayoría parlamentaria de derechas privilegiaría las exigencias de la producción (comprimiendo fuertemente dicho derecho), mientras una mayoría de izquierda reconocería una mayor amplitud a la huelga, sacrificando las exigencias de la producción.

Puede ser el caso de agregar que, si se acogiera este planteamiento, se restauraría la antigua configuración de las disposiciones programáticas como recomendaciones dirigidas al legislador, llamado a dar actuación a aquéllas en el modo y en el momento que considere más oportuno (y —se hace notar— en

⁴⁵ Sobre la cuestión, cfr., por ejemplo: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 59 ss.; STARCK, *Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte*, en *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden 1994, 32 ss.; DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, en ISENSEE/KIRCHHOF (curadores), *Handbuch des Staatsrechts, V. Allgemeine Grundrechtslehren*, 1992, 315 ss. Sobre la eficacia, si bien limitada, que pueden tener las normas en las cuales son reconocidos tales «derechos», antes de la adopción de las normas de actuación, v. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 36 ss., 75 ss. Sobre los orientamientos de la Corte Constitucional sobre el particular, cfr.: COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 370 ss.

⁴⁶ En esta línea: CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, en *Giur. cost.*, 1987, 1827; D'ATENA, *Autorità di garanzia e qualità della legalità costituzionale*, en AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti (Quaderni della Riv.trim.di dir. e proc.civ., N.º 2)*, Milano 1997, 120 s.

términos fundamentalmente insindicables desde el punto de vista de la legitimidad constitucional)⁴⁷.

Por tales razones, en esta materia, se abren importantes espacios a la jurisdicción (y, sobretodo, a la jurisdicción constitucional). Por otra parte, no es casualidad que una de las técnicas de la que hacen uso más ampliamente los órganos de justicia constitucional sea el *balancing test* entre derechos, principios o bienes protegidos susceptibles de colocarse en recíproco conflicto⁴⁸.

En relación con Italia, un ejemplo particularmente significativo a este respecto es ofrecido por la sentencia N.º 171 del 1996 de la Corte Constitucional, que tiene por objeto la, así llamada, huelga de los abogados (es decir, la abstención colectiva de parte de los abogados de concurrir a las audiencias; abstención que tenía por finalidad tutelar los intereses de la categoría profesional)⁴⁹.

El problema nacía del hecho que la ley sobre la huelga en los servicios públicos⁵⁰ no se ocupaba del fenómeno. A consecuencia de esto se abrían dos perspectivas interpretativas distintas:

- se podía considerar que tal forma de abstención colectiva, no configurando una huelga en sentido técnico, fuese prohibida;
- se podía considerar, en cambio, que no solo fuese permitida, sino que se pudiera desarrollar sin ningún límite.

Para resolver la cuestión, la Corte ha efectuado el *balancing test* entre los dos valores constitucionales en conflicto: el derecho de defensa de los ciudadanos y el derecho de los abogados de tutelar en forma colectiva sus propios intereses (que es un derecho, según la Corte, comprendido en la libertad de asociación).

Acogida la perspectiva del balance, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

⁴⁷ Penetrantes observaciones al respecto en BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 136 ss.

⁴⁸ Con referencia a la experiencia de la Corte Constitucional italiana, v., por todos, BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, en AA.VV., *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano 1993, 70 ss.; además, para un análisis detallado, BIN, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 9 ss.; adde, en clave comparatística: CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»*, cit., 1806 ss.; CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, en *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Atti del Seminario organizzato dalla Corte costituzionale nei giorni 13-14.10.1992)*, Milano 1994, 60 ss.; REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra «valori» e «principi» in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini 1997.

⁴⁹ Sobre el tema, el estudio más profundo es aquél de GIANFRANCESCO, *«Sciopero» degli avvocati e Costituzione*, Milano 2002.

⁵⁰ Ley N.º 146/1990.

NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

- de una parte, ha reconocido a los abogados el derecho de abstenerse de asistir a las audiencias con el fin de tutelar los intereses de la categoría;
- por otro lado, ha considerado que tal derecho debe ser ejercido dentro de los límites previstos por el legislador para el caso de huelga de en los servicios públicos.

Sobre estas bases, la Corte Constitucional declaró inconstitucional la omisión del legislador (que no había extendido a las abstenciones colectivas de los abogados la disciplina del derecho de huelga).

Dicho lo anterior, de todas formas debe agregarse que los recursos de la jurisdicción en esta materia no son ilimitados. En efecto, no se puede desconocer que la intervención del juez (y también, del juez constitucional) se encuentra expuesta a peligros y reconoce límites.

El primer peligro se encuentra representado por la atribución de un valor prescriptivo a enunciados constitucionales que no lo tienen. El relieve vale —por ejemplo— para los compromisos «dilatatorios» (o «impropios») los cuales —para retomar las palabras de Carl Schmitt— encuentran expresión en fórmulas constitucionales que, satisfaciendo pretensiones contradictorias dejan «sin decidir... los verdaderos puntos de la disputa»⁵¹. Según Schmitt, uno de los ejemplos de compromisos dilatatorios ofrecidos por la Constitución de Weimar era la disciplina establecida por ella en materia de escuela. En esta disciplina, según la opinión de Schmitt, habrían coexistido tres inspiraciones divergentes: el principio de la escuela de Estado, aquél de la escuela confesional y aquél de la escuela libre.

En casos de este tipo, es dudoso que de la Constitución se puedan deducir consecuencias dotadas de una apreciable capacidad prescriptiva, como para dirigir el desarrollo de la legislación y orientar la actividad del intérprete⁵².

El segundo peligro se encuentra representado por la posibilidad de que el enfoque por valores se convierta en un enfoque exclusivo: es decir que la jurisdicción constitucional sustituya los cánones interpretativos comunes con la lógica de los valores, considerándose siempre llamada a operaciones de balance entre los valores constitucionales.

⁵¹ SCHMITT, *La dottrina della costituzione*, cit., 48 ss., 52 ss. Sobre el tema, v. también BARI-LE, *La Costituzione come norma giuridica*, cit., 58 ss.

⁵² En la doctrina más reciente, el peligro que la jurisdicción constitucional, reconociendo valor directivo a «vagas proclamaciones» constitucionales, legue a ellas el desarrollo de la normativa subordinada, expropiando al legislador ordinario las decisiones políticas que le competen, es subrayado con particular energía por STARCK, *La légitimité, de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, cit., 67 ss. (de quien v. también: *Die Verfassungsauslegung*, en ISEN-SEE/KIRCHHOF (curadores), *Handbuch des Staatsrechts, VII Normativität und Schutz der Verfassung-Internationale Beziehungen*, 1992, 197).

Los riesgos de tales planteamientos son, en general, subrayados en relación con las disposiciones relativas a los derechos fundamentales. Se destaca, por ejemplo, que si los derechos de libertad vienen reducidos sólo a valores, se atenúa enormemente la capacidad garantista de las normas que los regulan y se culmina por confiar su tutela a operaciones de balance, inevitablemente opinables. El haber evidenciado este aspecto es mérito de Carl Schmitt⁵³, a quien se debe la demostración que la transformación de los derechos en valores se resuelve en la transferencia de los derechos a una escala jerárquica expuesta a continuos vuelcos⁵⁴. En consecuencia, por una paradójica heterogeneidad de los fines, las teorías que pretenden valorar al máximo la prescriptividad de la Constitución, corren el riesgo de vaciarla.

Pero el discurso puede ser más general. Es siempre peligroso pretender resolver cada problema de aplicación de la Constitución en un problema de equilibrio entre los valores⁵⁵.

Este modo de proceder, en efecto, expone al órgano de justicia constitucional al riesgo de transformarse de *juez* en *árbitro* de la constitucionalidad⁵⁶, con la consiguiente superación de las fronteras a él asignadas⁵⁷.

⁵³ SCHMITT, *La tirannia dei valori*, en *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 6.

⁵⁴ Sobre tal criterio, en la jurisprudencia constitucional italiana y sobre la consiguiente desvalorización del significado de las disposiciones constitucionales sobre los derechos, v.: BIN, R., *Diritti e argomenti*, cit., 4 ss.; sobre la condescendencia que, en esta perspectiva, termina por definir los derechos constitucionales: MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale»*. (A proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile), en *Dir. e soc.*, 1997, 46; PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, en *Quad. cost.*, 2001, 39 ss.

⁵⁵ En el tema, v. FOIS, *Principi e regole normative nell'opera di Vezio Crisafulli*, en AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova 1994, 249 ss.; ID., «Ragionevolezza» e «valori». *Interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto*, en *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 103 ss., el cual destaca el carácter fundamentalmente no liberal de tal modo de proceder; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 116, que pone en guardia contra el peligro «que la Constitución y las leyes se reduzcan... a un dato irrelevante o manipulable a arbitrio»; adde: MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato*, cit., 42 s., 54, nt. 103; POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Torino 1995, 296 ss., especialmente 300 ss. En sentido distinto, sin embargo: MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, en *Queste istituzioni 1991*, 50 ss., criticado con argumentación compartible por PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, hoy en *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, 94 ss., nt. 193.

⁵⁶ RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, en *Giur.cost.*, 1992, 3776 s.

⁵⁷ Sobre este perfil, cfr. BALDASSARRE, *Intervento*, en OCCHIOCUPO (curador), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 121

6. LAS EXIGENCIAS DE DESARROLLO DE LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL Y LA INTRODUCCIÓN DE PROCEDIMIENTOS «AD HOC»

Existe, finalmente, un último punto que considerar. En algunos casos, la armonización entre los valores constitucionales en tensión recíproca — si bien requerido por la Constitución— necesita de procedimientos de desarrollo de su disciplina, que consientan a las exigencias antagónicas salir a la luz y, podría decirse, de confrontarse⁵⁸, sustrayendo de este modo la solución de los conflictos a imperceptibles intuiciones valorativas del intérprete⁵⁹.

Este camino encuentra algunos ejemplos en Italia, en la experiencia adquirida en materia de Autoridades Administrativas Independientes.

Algunas de tales autoridades, de hecho, son llamadas a participar en procedimientos en los cuales, los sujetos portadores de las instancias en conflicto, se encuentran en condiciones de dar voz a las exigencias de las cuales son intérpretes, contribuyendo —de este modo— a fundar el *balancing test* sobre elementos medibles y controlables al máximo posible.

El ejemplo más significativo al respecto se encuentra representado por la Autoridad de garantía prevista por la ley sobre la huelga en los servicios públicos esenciales (ley de la cual nos hemos ya ocupado a propósito de la, así llamada, huelga de los abogados).

Tal ley parte de tres presupuestos:

- primero: que el derecho de huelga, garantizado por el Art. 40 Const. it., puede entrar en ruta de colisión con otros derechos constitucionales (como el derecho a la salud o a la libertad de circulación);
- segundo: que la total garantía del primero significaría el total sacrificio de los segundos;
- tercero: que la total garantía de estos últimos llevaría a la supresión del derecho de huelga en los sectores correspondientes.

ss., que denuncia el uso dominante del criterio de la razonabilidad por parte de la Corte Constitucional.

⁵⁸ La exigencia de soluciones procedimentales que promuevan el «deal» confrontarse entre los valores es destacada por ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 11 s., 168 s. Sobre la concretización procedimental de los principios: BARTOLE, *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, en *Encicl.dir.*, XXXV, Milano 1986, 532.

⁵⁹ La expresión en cursiva es de M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, en *Dir. e soc.*, 1996, 321.

ANTONIO D'ATENA

Para permitir la coexistencia de los derechos en conflicto, la ley ha acogido el principio de la armonización, estableciendo que —entre tales derechos— deba alcanzarse un equilibrio aceptable. La ley, en particular, ha establecido que, durante la huelga, el servicio no puede ser interrumpido completamente, debiendo ser mantenidas una parte de sus prestaciones, destinadas a garantizar el contenido esencial de los derechos de los usuarios de los servicios públicos.

Aquello que debe ser subrayado es que la ley no ha pretendido individualizar directamente el punto de equilibrio entre los derechos en potencial conflicto sino que tal finalidad, ha establecido un procedimiento que ve involucrados a todos los actores interesados: las empresas prestadoras de los servicios públicos, los sindicatos de trabajadores y las asociaciones de los usuarios de los servicios. De este modo, la ley ha creado las condiciones para una suerte de confrontación coral, en el curso de la cual los distintos intereses involucrados pueden ser expresados. Y, de este modo, ha ofrecido a la Autoridad de Garantía, a quien corresponde la última palabra, todos los elementos necesarios para efectuar sus valoraciones.

La solución es de muy notable interés. Aquélla, de hecho, demuestra que la solución de los conflictos entre los valores constitucionales no puede ser siempre y exclusivamente confiada al legislador o a la jurisdicción. En efecto, existen casos en los cuales es necesario prever mecanismos distintos que coloquen a los mismos valores en condiciones de expresarse y confrontarse, sustrayendo, de este modo, al *balancing test* del riesgo de la arbitrariedad.

De esta exigencia deberían hacerse cargo los legisladores constitucionales quienes deberían prever tales mecanismos en la Constitución cosa que, usualmente, no sucede.

En esta línea se ha movido, por ejemplo, el legislador constitucional italiano en la XIV Legislatura, en una ley de reforma de la Constitución que no ha entrado en vigor toda vez que fue rechazada por el cuerpo electoral en sede de *referendum*. Esta reforma era, en muchos aspectos, discutible. En cambio, la disciplina sobre las autoridades independientes contenida en ella era digna de aprecio. El tenor de la correspondiente disposición es⁶⁰: «[1] Para el desarrollo de actividades de garantía o de vigilancia en materia de derechos de libertades garantizadas por la Constitución... la ley... puede establecer Autoridades independientes apropiadas, estableciendo la duración del mandato, los requisitos de elegibilidad y las condiciones de independencia. [2] Las autoridades refieren a las Cámaras los resultados de las actividades desarrolladas.»

⁶⁰ Art. 35, que preveía la introducción en la Constitución del art. 98 bis, cuyo tenor se reporta en el texto.

NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

En consecuencia, es deseable que, en una futura revisión constitucional, un contenido similar sea «retomado» y que, en tal modo, sea adecuada la parte organizativa a la parte sustancial de la Constitución, para dar a la complejidad axiológica de la segunda aquellas posibilidades de salida que los tres poderes clásicos del estado no siempre son capaces de asegurar. De este modo, de otra parte, se dotaría finalmente de base constitucional al fenómeno de las Autoridades independientes que, por sus características sustanciales, deberían encontrar en la Constitución su propia disciplina.

Title

PROGRAMMATIC PROVISIONS AND AXIOLOGICAL PLURALISM IN CONSTITUTIONAL LAW

Summary

I. PREMISES. II. THE IDEOLOGICAL (AXIOLOGICAL) CHARACTER OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL TEXTS AND THE SPECIFIC CHARACTER OF CONSTITUTIONAL LEGALITY. III. THE QUESTION OF PRESCRIPTIVITY OF CONSTITUTIONAL PROGRAMMATIC PROVISIONS. IV. THE CONSTITUTION AS A SYSTEM OF PRINCIPLES AND VALUES IN MUTUAL TENSION. THE PRIORITIES PROBLEM. V. THE CHOICE BETWEEN LEGISLATION AND JURISDICTION. VI. THE REQUIREMENTS FOR THE DEVELOPMENT OF CONSTITUTIONAL MATTERS AND THE INTRODUCTION OF «AD HOC» PROCEDURES.

Abstract

Uno de los contenidos típicos de los documentos constitucionales viene representado por las normas programáticas, las cuales apuntan a prefigurar las líneas de desarrollo de los ordenamientos que las mismas pretenden instaurar. Tales normas presentan dos características fundamentales: a) la no autosuficiencia (reclaman la interposición del legislador par desplegar toda su potencialidad); b) una muy marcada impronta ideológica (o axiológica).

Ambas características dan lugar a problemas jurídicos particularmente complejos: la no autosuficiencia plantea el problema de la eficacia de tales normas con anterioridad a la actuación llevada a cabo por el legislador; la impronta ideológica plantea el problema de la compatibilidad, en la hipótesis de conflicto entre los objetivos por ellas fijados. Con respecto al primer aspecto, el trabajo pone de manifiesto, con ejemplos extraídos de la experiencia constitucional italiana, los efectos



ANTONIO D'ATENA

que las normas programáticas pueden producir antes de que el legislador ordinario proceda a desarrollarlas.

En lo que atañe al segundo punto, el artículo encuadra el problema en el más amplio marco del pluralismo axiológico que normalmente caracteriza a las constituciones contemporáneas, en las cuales coexisten valores en tensión recíproca. Lo cual pone de relieve que, en caso de conflicto entre valores, el problema de las prioridades no puede quedar exclusivamente confiado al recurso a la legislación o al de la jurisdicción, sino que reclama el uso de procedimientos ad hoc, como el previsto en Italia para individualizar las prestaciones que deben ser garantizadas en caso de huelga en los servicios públicos esenciales, en cuyo ámbito juega un papel central de una Autoridad Administrativa Independiente.

Resumen

Among the typical contents of the constitutional documents the so called programmatic provision occupy an important place, as they focus on advancing the main developing profiles of the legal order that they intend to set forth. These provisions present two fundamental characteristics: a) the non-self-executing character (they require legislative intervention by Parliaments in order to develop all of their potentiality); b) the very profound ideological (axiological) character.

Both characteristics originate particular and complex legal problems: on the one hand, the non-self-executing character raise the discussion on the effectiveness of this kind of provisions before the intervention of the legislator; on the other hand, the ideological character has to do with the compatibility of the legal provisions adopted by the legislator and the aims established by the programmatic provisions.

With regard to the first aspect, the work intends to reflect, on the basis of the Italian constitutional experience, on the effects that these programmatic provisions may produce before the adoption of the relevant legal provisions by the legislator.

As far as the second aspect is concerned, this essay tackles the discussion within the larger framework of the axiological pluralism normally characterizing the contemporary constitutions, in which several values co-exist in mutual tension. This let the author highlight that, in case of conflict between values, the priorities problem can not be exclusively faced up by the legislator or by the jurisdictions, but it requires the use of ad hoc procedures, as it is the case in Italy when determining the concrete obligations to be guaranteed in the event of a strike affecting the essential public services, with a fundamental role to be played by an *Administrative Independent Authority*.





NORMAS PROGRAMÁTICAS Y PLURALISMO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO...

Palabras clave

Constitución - Normas programáticas - Eficacia jurídica - Conflictos entre valores constitucionales - Test de ponderación - Intervención legislativa - Aplicación jurisprudencial - Procedimientos de desarrollo de la disciplina constitucional - Autoridades administrativas independientes.

Keywords

Constitution - Programmatic provisions - Legal effectiveness - Conflicts between constitutional values - Balancing test - Legislative intervention - Judicial application - Procedures developing the constitutional provisions - Administrative Independent Authorities.

