

Garantías, derechos y transformaciones del constitucionalismo

I

A finales del siglo XIX, en su *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, VITTORIO EMANUELE ORLANDO examinaba la ubicación teórica de un tema clásico de la cultura jurídica del liberalismo decimonónico, a la luz de las elaboraciones contemporáneas de la literatura iuspublicista alemana¹. ORLANDO partía de la siguiente premisa: «el respeto que el estado debe a la esfera jurídica individual» constituye «otra de las facetas de la cuestión de la expresión de libertad individual en sentido estricto, o, como comúnmente se dice, de libertad civil». Sin embargo, este aspecto de los derechos era —advertía ORLANDO— el único que era objeto de estudio en el derecho público, el cual se ocupaba «sólo de las garantías que son la común sanción para ellos, en la modalidad y con las limitaciones» que el ordenamiento estatal contempla². De aquí, una noción esencialmente técnica de las garantías, independiente del “contenido” de las «manifestaciones de libertad», y consistente «en la comprobación y en la defensa de un derecho privado del ciudadano, que haya sido lesionado por la acción del Estado».

Pasando luego a examinar como, en relación con cada una de las actividades del

estado, «se plantea y se resuelve el problema de las garantías», ORLANDO excluía que «la libertad civil del individuo» tuviese «una garantía contra el acto del poder judicial». Todo el derecho procesal, de hecho, «tiene de a prevenir la posibilidad que el juez, por error o por mala fe, lesione o niegue el derecho del ciudadano»; y «es ante todo este propósito el que persiguen los diferentes grados de jurisdicción», así que, contra la sentencia definitiva, «no sólo no es concebible la defensa jurisdiccional, sino que falta la hipótesis de ella, es decir la lesión de un derecho». Con mayor razón, ORLANDO negaba que pudiese configurarse la defensa judicial contra un acto del poder legislativo, dado que «abstractamente, éste no puede quebrantar ni lesionar ningún derecho del individuo, por la razón intuitiva de que la ley se presume expresión del derecho como norma general». Ciertamente, observaba ORLANDO, «el nuevo acto legislativo puede lesionar muchos intereses», así como de hecho puede ocurrir que «la ley sea mala o inicua», pero «en el orden jurídico siempre está presente aquella presunción, sin la que los Estados no podrían existir, según la cual la ley corresponde al derecho, lo que elimina incluso la hipótesis de una defensa jurisdiccional». El ámbito de las garantías de los

derechos se circunscribía, en últimas, al campo de las relaciones con el poder ejecutivo, en el que ellas «encuentran su verdadero lugar», de manera coherente, por tanto, con un establecimiento del sistema de garantías profunda y exclusivamente radicado en los supuestos del *estado de legislación*. La tutela del ciudadano frente a la administración pública encuentra, de hecho, su propio fundamento y «su garantía directa en la *ley*, de la cual todos los derechos, mediata o inmediatamente, se derivan»³.

En estos extractos de la reflexión de ORLANDO resuenan puntos y temas difusos en la cultura jurídica liberal, que, aun cuando parten de la idea de prioridad y universalidad de los derechos de libertad, llegaría a una sustancial funcionalidad de ellos con las estructuras institucionales del orden burgués, por una parte mediante la incorporación de los derechos en la Constitución Política representativa y en la dinámica del parlamentarismo; y por la otra, mediante la progresiva afirmación del fundamento estatal de los derechos públicos⁴. De aquí, en primer lugar, una confianza ilimitada en la ley, en su capacidad reguladora de relaciones sociales fundadas en los principios del liberalismo económico y en los cánones de la generalidad y la abstracción del precepto legislativo, como precipua *garantía de libertad* en una sociedad gobernada por las leyes del mercado. Tal vez sorprende que ORLANDO haya propuesto de nuevo con fuerza estos temas del liberalismo jurídico a finales del siglo XIX, cuando la crisis del capitalismo y de la libre competencia, y los cada vez mayores impulsos hacia la ampliación del proceso político ya dejaban entrever fracturas profundas en el dogma de la supremacía de la ley parlamentaria como mandato general y abstracto⁵. Y aun, en otros autores contemporáneos a ORLANDO,

puede observarse que el nexo existente entre el sistema de garantías de los derechos y un proceso político hegemonizado por la burguesía políticamente activa comenzaba a manifestar alguna incertidumbre, y comenzaba a abrirse camino el nexo entre garantías y sustrato común, apoyado en «la convicción moral» y «la comunidad de intereses», cuya eficacia puede ser igual a «otras garantías aparentemente más seguras». Así, por ejemplo, añadía GEORG JELLINEK, si la tutela de los derechos hacia el estado «se garantiza sobre todo mediante la actuación conforme al deber por parte del conjunto de órganos del Estado», y con la labor, a ellos impuesta, «de satisfacer las pretensiones individuales jurídicamente reconocidas», una «garantía de la realización del derecho» ya se halla «en el juego de intereses que, al entrelazarse en miles de nudos, cobra valor»⁶. Pero, en últimas, la sujeción de los tribunales a la ley y la generalidad de ésta seguían siendo anclajes sólidos de la ideología de la supremacía del circuito representativo en el Estado monoclase burgués.

En segundo lugar, la reconstrucción de ORLANDO sugería una definición esencialmente “tecnicista” de las garantías, según la cual en los perfiles de contenido se hacía completa abstracción de los derechos de libertad, que eran su objeto. También esta conclusión era coherente con las premisas estatales; plantear el problema de la libertad «por el lado de la garantía», y considerar que dicho perfil se incluía integralmente en la dimensión estatal del «*allgemeiner Rechtsschutz der Staatsbürger gegen die Staatsgewalt*», eran para ORLANDO, así como para GERBER, al cual el jurista italiano se remontaba, dos caras de una misma moneda. Y tal perspectiva suponía, además, el rechazo total de una consideración *sistémica* de los derechos de libertad, como aquella

de quienes parecían preocupados «más por las *declaraciones* de sus derechos, que por la garantía de los mismos», cuando, «si miramos las relaciones entre particulares, la concesión y declaración de un derecho no serviría absolutamente de nada, si no estuviese acompañada de los medios para hacerlo valer»⁷. Claramente se pone de manifiesto, en estas posiciones, esa torsión en sentido estatal del garantismo elaborado por la cultura liberal de las primeras décadas de mil ochocientos, que enviste en pleno el tema de la relación entre Constitución y garantías. El prejuicio de la inadmisibilidad de derechos individuales en el derecho público, que con GERBER y LABAND había encontrado su mejor posición dogmática, por lo menos en parte es corregido por la afirmación de la subordinación del ciudadano y del Estado-administración a la voluntad superior del ordenamiento estatal, centrada en el principio de legalidad. Sin embargo, al mismo tiempo, la concepción garantista de la Constitución, propia del primer constitucionalismo, se convierte en el positivismo, al ocultar su propio contexto ideológico-político. La homogeneidad económico-social de las bases del Estado liberal decimonónico mueve por ende la garantía de los derechos frente al plano de las declaraciones constitucionales a nivel de legalidad, y por tanto al grado expresado por el proceso político que se desarrolla en las asambleas representativas; en él, poder y orden burgués encuentran una autónoma fuente de legitimación, que la Constitución refleja; en él, se dispone el sistema de garantías de los derechos, que tiene, verdaderamente, su punto de apoyo en la «norma que vale positivamente», que es «sólo la ley del Estado cada vez presente o la norma impuesta, decretada por una voluntad que pretende imponerse»⁸.

Este itinerario de las garantías en el constitucionalismo liberal del siglo XIX, como sostén de un orden constitucional integralmente funcional para la protección de los derechos de libertad como manifestaciones del derecho *impuesto* por el legislador, en el que ellas se resuelven y se identifican, se refleja emblemáticamente en la reflexión de ORLANDO, la cual básicamente se centra en la premisa que «el acto del legislador» es, en línea de principio, «expresión inmediata del Derecho». De tal manera, de ella se derivaba la incompatibilidad con la reconstrucción sistemática de las *garantías constitucionales*, no sólo del control de constitucionalidad de las leyes, sino también del derecho a la *resistencia colectiva legal*, es decir, aquella que permite a la opinión pública iniciar acciones orientadas a reestablecer el derecho con modalidades alternativas a las que se desarrollan en el seno del principio representativo. Esta forma de *garantía*, de acuerdo con ORLANDO, ya no puede «encontrar lugar en el derecho público moderno», porque falta, en el ordenamiento constitucional representativo, «la manera mediante la cual el pueblo pueda subjetivamente tornarse órgano de una reacción que pretende reprimir el arbitrio»⁹. Éste es un paso importante, no solamente porque marca la unión entre garantías constitucionales y principio representativo, que la cultura jurídica liberal reconstruyó de manera muy estrecha; añadía enfáticamente ORLANDO, que son las Cámaras representativas quienes tienen «la tarea de transformarse en órganos de los sentimientos populares, y por ende de hacer claridad sobre aquellas injusticias que en perjuicio de la libertad popular se cometieron»¹⁰. Ello revela también una visión reductora del rol de la opinión pública, y de la función de garantía que desarrolla el libre juego de las

fuerzas sociales. El resultado era la reconstrucción de las garantías constitucionales en perfecta sintonía con un cuadro aún inspirado por la idea de fondo de la indiferencia del derecho constitucional hacia las articulaciones del tejido pluralista de la sociedad. De hecho, si bien por un lado la resistencia colectiva legal sólo podía ser el producto de una «forma libre de gobierno», para ORLANDO ella era la reliquia de remotas justificaciones de tipo negocial o contractual del fundamento de los ordenamientos constitucionales, totalmente superadas por el esfuerzo de unificación política llevado a cabo por la Constitución representativa.

II

Las transformaciones profundas del constitucionalismo democrático del siglo xx, que se generaron en Europa a partir de la primera Guerra Mundial, han roto el nexo entre garantía de los derechos y Estado de legislación. Ante todo, debido a que las divisiones y los conflictos de las sociedades pluralistas envistieron en pleno el proceso legislativo, «el legislador se convirtió en una entidad cuya unidad es problemática», y la ley refleja en su mayoría el compromiso entre coaliciones heterogéneas de partidos. Según CARL SCHMITT, esta parábola de la ley en las «policracias» habría marcado el declive de la aproximación metodológica del iuspositivismo, dado que «la ley, como entidad impersonal y objetiva, que se tornó autónoma frente a sus *finés* y separable de ellos, se transforma en puente sobre el abismo de la fragmentación política interna»¹¹. Sin embargo, al tiempo, cambia el significado y el rol de la Constitución, que ya no es tan sólo fuente de un conjunto de mecanismos para limitar el poder, sino ante todo fundamento de legitimación de de-

mocracias que se basan en la comparación entre grupos, clases sociales, intereses y aspiraciones diferentes¹². Éste es un itinerario que, en últimas, recuperaba la inspiración y los motivos de fondo existentes en algunas corrientes de la historia del constitucionalismo moderno, particularmente el estadounidense, en el marco de una experiencia constitucional con fuertes connotaciones comunitarias y contractualistas, en la que, desde su origen, los derechos se configuraron no sólo como límites para el poder público, sino como «*basis and foundation of government*»¹³.

Este escenario conllevó la extensión del ámbito de la garantía de los derechos, no solamente porque el núcleo de las garantías se articula, como explicaré más adelante, en relación con la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales, sino sobre todo porque el mismo reconocimiento constitucional de ellos, que en un sistema de valores compone las identidades, los intereses y los antagonismos existentes en la sociedad, viene a asumir una función esencial de garantía, orientada a asegurar la prioridad de los valores subyacentes al catálogo de derechos y la indisponibilidad de dichos contenidos de valor por parte de unas mayorías políticas contingentes. Es significativo que, hace medio siglo, justamente a partir de las transformaciones de la Constitución en las democracias pluralistas, MORTATI considerara que la configuración tradicional de las garantías, construida con base en el estado de legislación, ya no fuese adecuada por ser «tecnicista» y «demasiado restrictiva», y resaltara el nexo entre garantías y rigidez constitucional. Mientras las constituciones flexibles de mil ochocientos eran el «fruto de un equilibrio inestable entre fuerzas opuestas», de estructura dualista, que habían eludido el problema de la atribución de la soberanía, para MORTATI

la rigidez constitucional corresponde a la afirmación plena del principio de la soberanía popular como elemento característico de la forma de estado, de tal manera que la misma Constitución, «entendida en su verdadero sentido de fundamento y de soporte de cualquier otra manifestación del ordenamiento, esencialmente es auto-garantía, es decir, garantía asegurada por las fuerzas políticas organizadas que la componen»¹⁴.

Las constituciones de las democracias pluralistas rompen entonces el vínculo entre parlamentarismo e «individualismo posesivo»¹⁵, entre supremacía de la ley y estructura de los derechos fundada en la dupla libertad individual-propiedad, que por ende esencialmente refleja las exigencias de una sociedad mercantil, entre garantía de derechos y derecho *impuesto* por el legislador. El papel que juegan estas constituciones, particularmente a través de los catálogos de derechos que contemplan, debe ser relacionado con la complejidad social, a la que ellas confieren un marco de referencia y una tabla de valores. Dentro de este marco, ellas constituyen un factor de reducción de la complejidad social y de aligeramiento de la conflictividad que se descarga en el proceso político, pero al mismo tiempo contribuyen a ofrecer salidas, *al orientar* axiológicamente dichos derechos y al canalizarlos al interior de un marco de valores y de objetivos fundamentales, que reflejan los complejos equilibrios de las sociedades pluralistas¹⁶.

En este cuadro de transformaciones, el tema de las garantías de los derechos parece ser inseparable del nuevo rol de las «*constituciones del pluralismo*»¹⁷, por la variedad de intereses e identidades cuya convivencia deben permitir, y, al mismo tiempo, de la ampliación de su contenido, por la complejidad de los objetivos y de los valores fundamentales en los que se inspiran.

Pero el tema de las garantías se carga de una problemática inédita, justamente si queremos considerarlo a la luz de ese «punto de vista externo» de la fundación de los derechos, que, de acuerdo con una reconstrucción reciente y sugestiva, habría constituido el hilo conductor de las teorías del garantismo¹⁸. Es válido preguntarse si el desarrollo histórico que condujo a que la Constitución se irradiara del Estado a la sociedad, que permitió que ésta *incorporara* la garantía de los derechos, porque –por decirlo de alguna manera– es inmanente al marco de referencia de los valores constitucionales, al mismo tiempo no conllevó una recesión del significado *opositivo* de los derechos de libertad y la dispersión de su núcleo de garantía por la preponderancia de una perspectiva de tipo *sistémico*.

El punto de partida por tanto es la apertura de las constituciones democráticas europeas del siglo xx a la sociedad, a las condiciones de vida reales y al tejido de relaciones sociales, dentro de las que se despliega la libertad del hombre¹⁹; en los albores del constitucionalismo democrático-social, la segunda parte de la Constitución de Weimar emblemáticamente expresó dicha apertura en la articulación del catálogo de «derechos y deberes fundamentales de los alemanes», respectivamente referida a los individuos, a la vida en sociedad, al fenómeno religioso, a la educación e instrucción, a la vida económica²⁰. No es caso que, con estas bases constitucionales, la cultura jurídica weimariana tomara acto del surco que separaba la nueva experiencia constitucional de aquellas del estado liberal de mil ochocientos, en relación con la estructura y la garantía de los derechos fundamentales; así, por ejemplo, HERMANN HELLER resaltaba que las constituciones ya estaban llamadas a «*organizar* la libertad del hombre en la realidad so-

cial»²¹; y de nuevo, RUDOLF SMEND afirmaba que ellas tienden a privilegiar la dimensión «fundadora» de los derechos, en cuanto factores de integración del individuo en la comunidad estatal, respecto de la dimensión «emancipadora» de derivación liberal²². La literatura constitucionalista de manera crítica ha resaltado que estas reconstrucciones teóricas a veces llegaron, sobre todo en la jurisprudencia alemana de mitad del siglo pasado, a perspectivas que identificaron en la *Gemeinschaftsbezogenheit*, en la «relación del individuo con la comunidad» el momento más alto de la realización de los derechos fundamentales²³. Particularmente en la jurisprudencia italiana, fueron denunciados los riesgos, encerrados en una lectura de tipo sistémico, de la *funcionalización* de los derechos de libertades civiles tradicionales, que, por el contrario, se atribuirían «al hombre como tal y en beneficio del hombre, al individuo por lo que ellos representan únicamente para él en su calidad universal, o para la satisfacción egoísta de sus necesidades y deseos individuales», mas no por la «utilidad social» que ellos pueden generar²⁴.

Tal vez podamos observar que esta controversia teórica desdeñó la idea de que las teorías del garantismo no siempre se identificaron con una concepción exclusivamente *negativa* de la libertad; que, en la historia del constitucionalismo moderno, la idea de libertad como ausencia de limitación y como autonomía y autorrealización del individuo estuvieron presentes desde el principio y se cruzan constantemente²⁵; y finalmente, que los teóricos del garantismo liberal, aun después de haber trazado una línea de demarcación neta entre autodeterminación individual y colectiva, no llegaron nunca a postular una separación entre libertad civil y libertad política. Por ejemplo, para BENJAMIN CONSTANT, una y otra se colocan en

un marco, de alguna manera sistémico, de *principios*, de tal manera que, si de los derechos individuales él diferenciaba «las garantías que las instituciones otorgaban al goce privado», éstas se centraban esencialmente en la libertad política, que para CONSTANT era justamente «la *indispensable* garantía» para las libertades de los modernos²⁶. Pero seguramente los desarrollos de la experiencia liberal en la segunda mitad del siglo XIX, derivados de la soldadura entre impulsos hacia el fortalecimiento de la hegemonía burguesa y construcción de las categorías jurídicas del Estado-nación, malinterpretaron parcialmente el marco elaborado por las primeras teorías del garantismo liberal. En el renovado clima del constitucionalismo democrático del siglo XIX, y a la luz de los nuevos principios de *legitimación*, era realmente arduo encontrar una línea de continuidad con una configuración de los derechos de libertad como *Abwehrrechte*, construida en la premisa de la subordinación del *status* individual de libertad a un poder estatal que se *autolimita* en las formas del principio de legalidad, según la clave interpretativa más liberal, elaborada a finales del siglo XIX por GEORG JELLINEK; ni tampoco con una teoría de los *status*, que consideraba el individuo como un centro abstracto de imputación de situaciones subjetivas activas o pasivas, y la relación entre individuo y poder público como una relación *abstracta* de las reales condiciones de vida del sujeto²⁷.

III

Al reflexionar de manera crítica sobre el significado de la irrupción del pluralismo en la experiencia constitucional weimariana, CARL SCHMITT observó que la ampliación del catálogo de derechos inevitablemente ha-

bría acarreado el menoscabo del núcleo de garantía de los mismos, por causa de la relativización, e incluso desaparición, de ese carácter opuesto en la relación entre libertad y Estado, que constituiría la esencia de los derechos, los cuales, por su propia naturaleza, empujan al individuo *en contra* del Estado²⁸. Sin embargo, había más en la experiencia weimariana, es decir, la toma de conciencia del final de la separación entre Constitución y sociedad, del profundo cambio del papel de las constituciones, que ya no se fundan en un orden racional conforme con las leyes de la naturaleza, sino en las divisiones de la sociedad, y la adquirida conciencia que en el contenido de ellas se reflejan y se reproducen los complejos equilibrios de las sociedades pluralistas²⁹.

La existencia de múltiples *dimensiones* de los derechos fundamentales es el reflejo de estas transformaciones, y es perfectamente coherente con las estructuras constitucionales de la “sociedad abierta”; tales estructuras son en sí mismas *pluri-dimensionales*, no se inspiran en el carácter absoluto de un único principio-guía, puesto que en ellas deben armonizarse principios y orientaciones diversos y a veces en conflicto (por ejemplo, libertad e igualdad, libre mercado y solidaridad, unidad de la república y autonomía)³⁰. Es cierto, el componente *defensivo* de los derechos, como espacios de libertad protegidos frente a interferencias y agresiones externas, sigue siendo un aspecto prioritario, puesto que, independientemente de su derivación histórica de la teoría liberal de la sociedad, corresponde a un núcleo indefectible de los derechos fundamentales, que condiciona el libre desarrollo de la personalidad en todas sus expresiones. El desarrollo dinámico de los derechos, impuesto por la complejidad de las finalidades fundamentales que guían la estructura del Estado constitucional contemporáneo, implicó sin embar-

go la “estratificación” de múltiples significados³¹, o, de acuerdo con otra tendencia, la ampliación de las *funciones* de los derechos³². Al lado de la dimensión individual tradicional de derivación liberal, en la que se fundamentan pretensiones subjetivas frente al poder público, en las constituciones de las democracias pluralistas nació una dimensión institucional o de ordenamiento. En tal dimensión, en principio encontraron ubicación la protección de un conjunto de normas, esferas de autonomía pública o privada, radicadas en la realidad jurídica y social (las *garantías institucionales*, justamente, de la tradición weimariana³³), pero también la eficacia *horizontal* de los derechos, es decir la irradiación de ellos en la esfera de relaciones entre particulares (la llamada *Drittwirkung der Grundrechte*), y finalmente, el conjunto de las obligaciones positivas de protección de los derechos que el ordenamiento pone a cargo del poder público³⁴. De la misma manera, la ampliación de la participación política, por una parte, y el reconocimiento del compromiso de eliminar las desigualdades y los desequilibrios económico-sociales por la otra, enriquecieron los derechos fundamentales respectivamente en una dimensión democrático-participativa, que resalta su valor como factores de libertad y de apertura del proceso político, y por ende como elementos constitutivos de la democracia; y de una dimensión *leistungsstaatlich*, que toma cuerpo en el deber que tiene el poder público de asegurar prestaciones, promover condiciones y establecer los medios necesarios para hacer efectivo el goce de los derechos³⁵.

Se ha afirmado que esta multidimensión plantea ante todo problemas de *interpretación* de los derechos fundamentales³⁶, especialmente cuando estas dimensiones resultan estratificadas dentro de un mismo derecho (por ejemplo, la libertad de asocia-

ción, la libertad de información, el derecho a la salud), y que ella debería orientar a la construcción de una *teoría* de los derechos fundamentales que escape de perspectivas *unilateralizantes*, las cuales de ninguna manera resultan adecuadas a la complejidad de la orientación de sentido de las constituciones del pluralismo³⁷. Por tanto, si se asumen claves de interpretación de los derechos que hagan absolutas las diversas dimensiones que resultan estratificadas en ellos, cada una de ellas, considerada de manera aislada, puede justamente hacernos perder dicha orientación de sentido. Así, por ejemplo, si se considera en términos absolutos la dimensión individual de derivación liberal, tan sólo podrá llevar a una especie de “ceguera” del sistema de derechos respecto de la efectividad de ellos y de la capacidad de contener la expansión de fuertes poderes privados; la institucional implicará el riesgo de la estabilización y esclerotización de la “libertad institucional”, de los principios ordenadores de determinados ámbitos de vida, en instituciones de privilegio en beneficio de ciertas esferas sociales; la democrático-participativa conllevará el riesgo de la funcionalización de los derechos, de la torsión de ellos en *Freiheiten um zu*, transformando espacios de libertad en esferas de competencia; y finalmente, aquella ligada al desarrollo del *Estado de prestación* tendrá como única salida la completa remisión de la efectividad de los derechos a la discrecionalidad política, la transformación de los derechos en principios constitutivos de *tareas* confiadas al poder público³⁸.

No está en duda que esta ampliación del radio de operatividad de los derechos deje entrever el resultado de la relativización de su contenido, mediante la referencia a los valores que orientan el sistema constitucional³⁹. Y sin embargo el surgimiento de una

idea de libertad como concepto constitucional abierto a múltiples desarrollos y virtuosismos⁴⁰ es un fenómeno cargado de consecuencias relevantes justamente en el terreno de la redefinición del sistema de garantías. Ello implica que el área de garantía de los derechos resulta hoy en día más extendida, pero al mismo tiempo más articulada y diferenciada en su intensidad, en relación con la manera en la cual, en cada derecho, se componen los objetivos y las instancias presentes en el marco constitucional. De igual forma, la vicisitud de las transformaciones de la garantía de los derechos refleja los itinerarios de la prescripción de la Constitución en las democracias pluralistas. Existe un evidente paralelismo en el nexo entre la ampliación de contenidos del derecho constitucional y la graduación de la eficacia prescriptiva de las normas constitucionales⁴¹; y en el nexo entre multidimensionalidad de los derechos, extensión y diferenciación de las garantías.

Ahora bien, estos desarrollos ampliaron, por una parte, el área de las garantías en ámbitos como los relativos a instrumentos procedimentales, de cuya activación resulta condicionada la realización de derechos constitucionales, o de aquellas ligadas a la igualdad de oportunidades en la comunicación, en las contiendas electorales y en la financiación de la política, sectores esencialmente inéditos en la estructura tradicional de garantías. Pero, por otra parte, ellos implicaron una graduación de la garantía de los derechos constitucionales. Éste es un aspecto importante incluso respecto de los derechos de libertades civiles, y particularmente de los derechos tales como la libertad personal (art. 13 Const.), al que también la jurisprudencia constitucional reconoció un valor prioritario y condicionante. Parece difícil objetar, por ejemplo, que las garantías de la libertad personal sean particular-

mente apremiantes respecto de las hipótesis de agresión de la esfera individual, pero su intensidad tiene grados diversos, y en cierta medida se relativiza, cuando la efectividad de la protección de la libertad personal requiere activar aparatos organizativos o la eficiencia de instrumentos procesales, o bien cuando, como en el caso de los límites para la encarcelación preventiva, ellas dejen espacios más amplios al poder de conformación que tiene el legislador.

Desde este punto de vista, parece además emblemático el itinerario de la *reserva de ley*. Esta figura por mucho tiempo fue reconstruida de manera paradigmática como mecanismo para garantizar derechos, puesto que jugó un papel central en el proceso de consolidación de la hegemonía burguesa en las instituciones representativas, y fue estrechamente ligada a la afirmación del principio de la *preferencia de ley*⁴². No obstante, pudo conservar dicha función de garantía, pero a cambio de una transformación profunda, o más exactamente, de una radical reformulación de su fundamento y de su ubicación, que reflejan la ambivalencia de la posición de la ley parlamentaria en el Estado constitucional contemporáneo, instrumento privilegiado para conformar los derechos constitucionales, intrínsecamente garantizado en el terreno del procedimiento, en función de la tutela de la contradicción y de las minorías parlamentarias⁴³, y al mismo tiempo mecanismo para *vehicular* las orientaciones y los objetivos fundamentales de la Constitución en el ordenamiento, y para vincular al legislador al desarrollo de éstos. El caso de la reserva de ley ilustra emblemáticamente las virtudes contenidas en el nexo entre las figuras de garantía y la dimensión institucional-ordenamiento de los derechos: un nexo que de alguna manera acerca la evolución de la reserva de ley a las garantías institucionales, que pre-

tenden, según la reconstrucción original que se remonta a la literatura weimariana, asegurar una protección especial para ciertas figuras jurídicas o conjuntos de ordenamientos, con el fin de preservarlos frente a su eliminación o vaciamiento por mano del legislador, pero que luego se separa sensiblemente de ellas. De hecho, las garantías institucionales se caracterizaban por una residualidad intrínseca, y estaban destinadas a ampliarse nuevamente sólo en “situación de riesgo” determinadas por los abusos del legislador frente a dichas figuras que él mismo debía regular y limitar; muy diferente parece hoy en día, sobre todo en el caso de las llamadas *reservas reforzadas*, el vínculo de la discrecionalidad del legislador, derivado de la reserva de ley, que ya no es solamente instrumento para garantizar la legalidad en sentido formal, sino el camino mediante el cual la Constitución orienta el proceso político y las técnicas de democracia procedimental al interior de contenidos indisponibles para la mayoría parlamentaria, vinculando al legislador a decisiones de valor, que la Constitución ya identificó⁴⁴.

IV

El panorama que acabamos de trazar sobre la evolución de las garantías de los derechos en la historia del constitucionalismo pone de manifiesto la progresiva ampliación del concepto y radio de acción de la garantía de los derechos. Sin embargo, este itinerario, que permitió el paso de las garantías de «técnicas» o «mecanismos de seguridad»⁴⁵ al plano constitucional de la búsqueda de un punto de equilibrio entre libertad e integración, tiene por escenario una profunda transformación del reconocimiento de los derechos. En efecto, la clave del sistema de

derechos constitucionales ya no es el individuo, considerado el centro de un conjunto de situaciones objetivas referidas a la relación con el poder estatal, sino *l'homme situé*, en la variedad de sus necesidades e intereses, en la realidad de sus condiciones de vida, en las cuales se desarrolla su personalidad⁴⁶. En mi opinión, no permite captar en toda su complejidad este cambio radical en la estructura de derechos en las democracias pluralistas, aquella perspectiva que lo reconduce unilateralmente al renacimiento del iusnaturalismo después de la segunda Guerra Mundial, y a las corrientes del personalismo que estaban estrechamente ligadas a ella⁴⁷, las cuales también ejercieron, con la mediación de la cultura política de los partidos de inspiración católica, una fuerte influencia en la inspiración de las constituciones europeas de mitad del siglo XX, e incluso en la italiana. Esta clave de lectura corre el riesgo de no resaltar adecuadamente, al definir la inspiración de fondo del reconocimiento de los derechos, el contexto socio-económico y las «ataduras sociales»⁴⁸, que condicionan el desarrollo de la persona; un perfil que transforma el compromiso de remover las desigualdades y las formas de subordinación social, y de arrestar la formación de poderes privados, en un aspecto característico del constitucionalismo democrático-social europeo después de la segunda Guerra Mundial. Al relacionar los principios constitucionales en materia de derechos con un *Ausgleich* en el terreno económico-social, con la búsqueda del equilibrio entre libertad e integración, se presentan unos puntos de contacto significativos entre dos experiencias constitucionales, la alemana y la italiana, tan distantes en la elección de los mecanismos de inclusión/exclusión del pluralismo social. En la alemana, paulatinamente se afirmaron lecturas de la cláusula de la intangibilidad de la *Menschenwürde*,

que resaltaron sus virtudes como principio capaz de incidir en los mecanismos de integración social⁴⁹, e incluso como principio fundante para los deberes públicos de prestación⁵⁰. Por otro lado, en la inspiración de la constitución republicana italiana, adquiere particular importancia el nexo entre reconocimiento de los derechos de la persona, de la autonomía de las formaciones sociales y de los vínculos de solidaridad (art. 2.º), y el principio de igualdad sustancial (art. 3 II). Dos normas constitucionales que evidentemente no fueron solamente el resultado de un intercambio táctico entre católicos e izquierdistas en la Constituyente, sino que configuran, gracias a la contribución de BASSO y DOSSETTI, la base de la forma de Estado y la columna vertebral de una *Constitución de derechos*, que orienta la inspiración personalista y la pluralista hacia un diseño en conjunto de liberación e innovación en el terreno social, al ligar «la dimensión garantista a la dimensión programática», «las libertades tradicionales (pero tendencialmente finalizadas) hacia los derechos sociales»⁵¹.

Esta capacidad de orientar que tiene el sistema de garantías de los derechos al seguir la directriz de la oposición dialéctica entre consenso y conflicto parece ser, en últimas, la indicación más significativa que nace de algunas experiencias constitucionales de la democracia pluralista. En la alemana, con el acento más marcado en las cláusulas de contención de las potencialidades más innovadoras del principio del *Sozialstaat*⁵²; en la italiana, mediante la introducción de la “dimensión garantista” en el tronco de la protección de la conflictualidad social y de las virtudes de transformación que la sociedad expresa.

De las complejas implicaciones que puede tener la inserción de la garantía de los derechos al interior de un proceso de inte-

gración, proceso cuyas directrices de orientación la misma constitución fija⁵³, me limito a señalar tan sólo algunas. En primer lugar, la protección de los espacios de libertad y la garantía de la igualdad⁵⁴ interfieren de manera más estrecha que en el pasado, puesto que las constituciones democráticas contemporáneas corrigieron la configuración *negativa* de los derechos de libertades, y los riesgos de estabilización de *status quo* al interior de la sociedad, que ella puede determinar, al tratar de preparar respuestas a demandas *activas* de libertad, que son solicitudes de liberación frente a factores condicionantes que obstaculizan la realización de las esferas de la personalidad⁵⁵. Lo anterior implicó un cambio de perspectiva del catálogo de derechos: de la defensa ante ingerencias externas a la difusión de las *chances* de realización de identidades múltiples y de las oportunidades de ejercicio efectivo de los espacios de libertad. Ésta es una perspectiva que las constituciones del siglo xx experimentaron en el terreno de la “libertad frente a la necesidad”, que fue el tema dominante en la cultura política entre las dos guerras mundiales⁵⁶, perspectiva que se revela además rica de sugerencias, en una época en la que la “demanda activa de libertad” envistió la esfera del respeto de la identidad y de la dignidad de las personas ante nuevas formas de marginación, subordinación y homologación. Realidad y expectativas de las sociedades plurales contemporáneas, según la sugerencia de ERHARD DENNINGER, orientan hacia una revisión de las categorías fundamentales heredadas del constitucionalismo de los siglos XVIII-XIX, al reubicar la garantía de los espacios de libertad a lo largo de la trayectoria que une el reconocimiento de la diversidad a la seguridad, y al dar origen a la igualdad del vínculo entre *Vielfalt* y solidaridad⁵⁷. En segundo lugar, la expansión

del radio de acción de los derechos fundamentales desde el ámbito de las relaciones entre individuo y Estado a aquel de las relaciones entre particulares, también determinó una ampliación de la configuración *externa* de la garantía de los derechos, ya que la operatividad de ella ante el poder privado exige, como demuestra la discusión acerca de la relación entre pluralismo y libertad de mercado, mecanismos reguladores por lo menos como medidas de protección⁵⁸.

El paso del *Estado de derecho legislativo* al *Estado constitucional* determinó, en conclusión, una mayor consideración de tipo *sistémico* de las garantías de los derechos. Ellas, que se desarrollaron en la edad del constitucionalismo moderno, a partir del proceso de positivización de los derechos fundados sobre bases iusnaturalistas, y posteriormente reportadas en la vicisitud de la fundación estatal de los derechos públicos, con la que terminaron por perder su original actitud antagónica, su fuerza de contraposición *externa* al poder estatal, hoy en día, en las experiencias del Estado constitucional contemporáneo, parecen esencialmente centradas en las tablas de valores de las constituciones del pluralismo. Con estas tablas de valores, el sistema de garantías se halla al mismo tiempo en una relación de condicionamiento e interdependencia, dado que fue llamado a presidir los complejos equilibrios sociales, en los que dichas constituciones se basan. Lo anterior evidentemente plantea el interrogante de si los resultados de este camino dejan entrever un “redescubrimiento” de la antigua actitud antagónica de las garantías, que solamente se amplió sobre una base social de magnitud desconocida para el constitucionalismo de mil setecientos y mil ochocientos, o bien si trazaron la destinación última del “eclipse” del garantismo, iniciado con la torsión

de los derechos públicos por parte del Estado, y seguida por el proceso de inclusión de las garantías en los recursos constitucionales de regulación del pluralismo⁵⁹. En un clásico del garantismo liberal, *Réflexions sur les constitutions et les garanties* (1814), BENJAMIN CONSTANT observaba que «las libertades de un pueblo son las columnas del trono, y cuando se destruyen las libertades es el trono que cae»⁶⁰. Es claro que los “tronos” contra los que el constitucionalismo liberal preparaba su robusto andamiaje de garantías, configuradas como barreras externas a un poder, cuya vocación hacia el absolutismo ellas contenían, ya desaparecieron. Sin embargo, ellos cedieron el lugar a nuevas, y por muchos aspectos no menos temibles formas de opresión, de condicionamiento, de homologación, que nacieron de imponentes procesos de diferenciación social, y que amplían el área de las garantías del núcleo original de la defensa ante agresiones externas a la esfera de la promoción de la *efectividad* de los derechos.

PAOLO RIDOLA
 Profesor Ordinario de Derecho Constitucional Comparado
 Facultad de Ciencias Políticas
 Universidad de Roma “La Sapienza”

Traducción
 PAOLA SPADA

1. V. E. ORLANDO. “Teoria giuridica delle guarentigie della libertà”, *Biblioteca di scienze politiche*, dirigida por A. BRUNIALTI. Torino, 1890, 919 ss.

2. *Ibid.* También *Principi di diritto costituzionale*. Firenze, 1912, 268 ss.

3. V. E. ORLANDO, *ob. cit.*, 299 ss.; *Teoria giuridica*, *cit.*, libro I.

4. Al respecto, puede consultarse G. AMATO. *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*. Milano, 1967, 127 ss.; P. COSTA. *Lo stato immaginario*. Milano, 1986; D. GRIMM. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt a. M., 1991, 67 ss.; M. FIORAVANTI. *Appunti di storia delle costituzioni*

moderne. Le libertà fondamentali. Torino, 1995; A. BALDASSARRE. *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino, 1997, 313 ss.; P. RIDOLA. *Diritti di libertà e costituzionalismo*. Torino, 1997, 26 ss.

5. F. NEUMANN. *Lo stato democratico e lo stato autoritario*. Bologna, 1973, 245 ss.

6. G. JELLINEK. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* [1892]. Milano, 1912, 387 ss.

7. V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica*, *cit.*, 920.

8. Al respecto, puede consultarse, C. SCHMITT. *La condizione della scienza giuridica europea* [1943-44], coord. por A. CARRINO. Roma, 1996, 33.

9. V. E. ORLANDO. *Principi*, *cit.*, 306 ss.

10. *Ibid.*, 308.

11. C. SCHMITT. *La condizione della scienza giuridica europea*, *cit.*, 54 ss.; de igual manera, del mismo autor, *Legalität und Legitimität* [1920], 4.^a ed., Berlin, 1988, 20 ss.

12. Para un balance de esta transformación, ver A. BALDASSARRE. *Diritti della persona*, *cit.*, XIII ss.; F. RIMOLI. *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*. Torino, 1999.

13. Ver textualmente el preambulo del *Bill of Rights* de Virginia de 1776. Bajo esta óptica, consultar N. MATTEUCCI. *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*. Bologna, 1987, 137 ss.; D. GRIMM. *Die Zukunft der Verfassung*, *cit.*, 52 ss.; G. BOGNETTI. *Lo spirito del costituzionalismo americano. I. La costituzione liberale*. Torino, 1998.

14. C. MORTATI. *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. 1959-1960*, coord. S. FOIS, Roma, 1960, 221 ss. Pone de manifiesto este paso de la reflexión de MORTATI sobre las garantías A. A. CERVATI. “Le garanzie costituzionali del pensiero di Costantino Mortati”, en *Il pensiero giuridico di C. Mortati*, coord. M. GALIZIA y P. GROSSI. Milano, 1990, 417 ss. La concepción tradicional de las garantías es de nuevo propuesta, en la literatura italiana posterior a la segunda Guerra Mundial, por S. GALEOTTI. *La garanzia costituzionale*, Milano, 1950. Acerca de la relación entre rigidez y flexibilidad constitucional en el constitucionalismo liberal decimonónico, ver A. PACE. *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Padova, 1997, 1 ss. (también incluye elementos de disenso frente a la reconstrucción histórica de MORTATI).

15. Retomo la muy conocida hipótesis historiográfica de G. B. MACPHERSON. *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke* [1962], coord. A. NEGRI. Milano, 1978.

16. Para esta reconstrucción del papel de las constituciones, ver N. LUHMANN. “Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems”, en *Der Staat*, 1973, 1 ss., 165 ss.; Id., *Stato di diritto e sistema sociale*, coord. A. FEBBRAJO. Napoli, 1978, especialmente 65 ss.

17. Uso una afortunada expresión de P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein/Ts., 1980.

18. L. FERRAJOLI. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari-Roma, 1989, 922 ss.

19. Sobre este punto, ver L. ELIA. “Esperienza scientifica: diritto costituzionale”, en AA. VV. *Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia*. Milano, 1982.

20. Sobre los aspectos generales y el contexto histórico-político del catálogo de los derechos en la Constitución de Weimar, ver R. THOMA. “Grundbegriffe und Grundsätze”, en *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, dirigido por G. ANSCHÜTZ y R. THOMA, II. Tübingen, 1932, 108 ss.; id., *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten*, ivi, 607 ss.; E. R. HUBER. *Verfassungsgeschichte*, VI. München, 94 ss. En la literatura italiana, ver C. MORTATI. “Introduzione alla Costituzione di Weimar [1946]”, en *Raccolta di scritti*, IV. Milano, 1972, 293 ss.

21. H. HELLER. *Staatslehre* [1934]. Tübingen, 1983, 309.

22. R. SMEND. “Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht [1933]”, en *Staatsrechtliche Abhandlungen*. Berlin, 1968, 313.

23. Para una reseña crítica de estas orientaciones, ver E. DENNINGER. *Der gebändigte Leviathan*. Baden Baden, 1990.

24. C. ESPOSITO. *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*. Milano, 1958, 8 ss.

25. Ver I. BERLIN. *Quattro saggi sulla libertà* [1969]. Milano, 1989, 185 ss.; N. BOBBIO. *Da Hobbes a Marx*. Napoli, 1974, 147 ss.; A. BALDASSARRE. *Diritti della persona*, cit., 223 ss.

26. B. CONSTANT. *Della libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, en *Principi di politica*, coord. U. CERRONI. Roma, 1970, 227 ss.

27. Para un balance crítico de la teoría de los *status* de JELLINEK, ver K. HESSE. “Bedeutung der Grundrechte”, en *Handbuch des Verfassungsrechts*, coord. E. BENDA, W. MAIHOFFER y H. J. VOGEL, I, Berlin-New York, 1995, 127 ss. Para una amplia reconstrucción del contexto histórico-cultural, en el cual se insertan las orientaciones de pensamiento re-

cordadas en el texto, ver F. RICCOBONO. *Soggetto Persona Diritti*. Napoli, 1999, 43 ss.

28. C. SCHMITT. *Verfassungslehre* [1928]. Berlin 1971, 166; id., “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung [1931]”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlin, 1958, 140 ss.

29. Ver al respecto P. HÄBERLE. “Verfassungsrecht ohne Naturrecht [1974]”, en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*. Berlin, 1998, 93 ss.

30. Ver, en este sentido, G. ZAGREBELSKY. *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*. Torino, 1984, 109 s. Más en general, sobre las transformaciones del derecho constitucional en la “sociedad abierta”, ver P. HÄBERLE. “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten [1975]”, en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, cit., 155 ss.

31. K. HESSE. *Bedeutung der Grundrechte*, cit., 134 ss.

32. N. LUHMANN. *Grundrechte als Institution*, Berlin, 1965; D. GRIMM. *Die Zukunft der Verfassung*, cit., 313 ss.

33. F. KLEIN. *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*. Breslau, 1934; C. SCHMITT. *Freiheitsrechte*, cit.

34. Acerca de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, ver, para un marco de las diferentes posiciones teóricas, R. ALEXY. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M., 1986; H. DREIER. *Dimensionen der Grundrechte*. Berlin, 1993; P. HÄBERLE. *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, coord. P. RIDOLA. Roma, 1993.

35. Respeto de una y otra, ver, en la amplísima literatura, E. DENNINGER, *Staatsrecht*, II. Hamburg, 1979, 185 ss.; P. HÄBERLE. *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., 163 ss.

36. E. W. BÖCKENFÖRDE. “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation [1974]”, en *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt a. M., 1974, 115 ss.

37. Para el uso de la pareja conceptual *Einseitigkeit* – *Gegenseitigkeit* como clave para entender las experiencias constitucionales contemporáneas, ver G. HAVERKATE. *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*. München, 1992.

38. Para la reconstrucción de estos escenarios, ver de manera eficaz E. W. BÖCKENFÖRDE, ob. cit., 119 ss.

39. Para la discusión crítica de este perfil, ver E. W. BÖCKENFÖRDE, ob. cit., 129; E. DENNINGER. *Staatsrecht*, cit., II, 183 ss.

40. A este propósito, ver W. HÖFLING. *Offene Grundrechtsinterpretation*. Berlin, 1987, 47 ss.

41. Ver, para un enfoque de esta problemática, las contribuciones ya clásicas de E. FORSTHOFF. *Stato di diritto in trasformazione* [1964], coord. C. AMIRANTE. Milano, 1973, en especial, 287 ss.; V. CRISAFULLI. “Le norme programmatiche della Costituzione [1952]”, en *Stato, Popolo, Governo*. Milano, 1985, 53 ss.

42. Sobre la historia de la reserva de ley, ver D. JESCH. *Gesetz und Verwaltung*. Tübingen, 1961.

43. A este respecto, ver S. FOIS. *La riserva di legge*. Milano, 1963.

44. Para esta reconstrucción, ver G. AMATO. *Individuo e autorità*, cit., 308 ss.; y también L. FERRAJOLI, ob. cit., 926.

45. Según la expresión de S. GALEOTTI. “Garanzia costituzionale”, en *Enc. diritto*, XVIII, Milano 1969, 491 ss.

46. Es un motivo recurrente, éste, en la reflexión de los constitucionalistas sobre la inspiración en conjunto de las constituciones europeas después de la segunda Guerra Mundial: ver, entre otros, G. BURDEAU. *La démocratie*. Paris, 1956, 63 ss.; V. CRISAFULLI. “Individuo e società nella Costituzione italiana”, en *Il dir. del lavoro*, 1954, 73 ss.; C. MORTATI. “Il lavoro nella Costituzione [1954]”, en *Raccolta di scritti*, cit., III, 225 ss.; C. LAVAGNA. *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977.

47. En este sentido, subestimando la relación entre los arts. 2.º y 3.º inc. 2 Const., N. LIPARI. “Diritti fondamentali e categorie civilistiche”, en *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, coord. L. LANFRANCHI. Roma, 1997, 330 ss.

48. Según la conocida expresión de R. DAHRENDORF. *La libertà che cambia*. Bari-Roma: Laterza, 1981.

49. Así, por ejemplo, E. R. HUBER. *Bewahrung und Wandlung*. Berlin, 1975, 365 ss.

50. D. GRIMM. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt a. M., 1987, 104 ss.

51. Así L. ELIA. “Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana”, en *Il sistema delle autonomie: rapporti fra stato e società civile*. Bologna, 1981, 48. Ver de nuevo, sobre la génesis de

las decisiones constitutivas sobre la forma de Estado, P. RIDOLA. “L’esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio”. *Quad. cost.* (1998), 241 ss.

52. Sobre este punto, ver H. RIDDER. *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*. Opladen, 1975.

53. J. HABERMAS. *Prassi politica e teoria critica della società* [1963], Bologna, 1973, 165 ss.; pero, ya, en el mismo sentido, R. SMEND. *Bürger und Bourgeois*, cit., 317 ss.

54. Ver, para la configuración del principio de igualdad entre las garantías de las situaciones subjetivas constitucionales, L. PALADIN. *Diritto costituzionale*. Padova, 1998, 573 ss.

55. Ver, para un enfoque eficaz de este perfil, D. GRIMM. “Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?”, en *Die Zukunft der Verfassung*, cit., 221 ss.

56. Ver ahora F. S. BARBERI. *L’utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio*. Torino, 1999, especialmente 7 ss.

57. E. DENNINGER. *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*. Meisenheim, 1994: Acerca de esta hipótesis reconstructiva, ver las intervenciones de J. HABERMAS, H. HOFMANN y U. K. PREUSS, en *Sicherheit Vielfalt Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?*. Baden Baden, 1998, 101 ss.

58. A este propósito, ver G. AMATO. *Il potere e l’antitrust*. Bologna, 1998; P. HÄBERLE. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin, 1998, 879 ss.; así mismo, para ulteriores indicaciones, P. RIDOLA. “Diritti di libertà e ruolo del mercato nella ‘costituzione europea’”. *Quad. cost.* (2000).

59. Sobre la “eclipsis” y el “redescubrimiento” del garantismo, ver una primera aproximación en N. MATTEUCCI. *Lo stato moderno*. Bologna, 1993, 163 ss.

60. B. CONSTANT. *Riflessioni sulle costituzioni e le garanzie*, coord. T. AMATO. Roma, 1999, 46.