

# LA PATRIMONIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA

Delia La Rocca\*

Traducido por Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez

## SUMARIO

- 1.- Estrategia de los derechos y Constitución Europea: ¿derechos «versus» mercado o «mercantilización» de los derechos?
- 2.- Una leyenda a echar por tierra: la distinción entre derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales.
- 3.- Técnicas de tutela y sociedad de mercado.
- 4.- El difícil paradigma de los derechos sociales.
- 5.- El ambiguo «éxito» de los nuevos derechos.

## 1. ESTRATEGIA DE LOS DERECHOS Y CONSTITUCIÓN EUROPEA: DERECHOS «VERSUS» MERCADO O «MERCANTILIZACIÓN» DE LOS DERECHOS

1.1. Al día después de la proclamación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Niza 2000), Stefano Rodotà, uno de los más brillantes juristas italianos, saludaba el evento como un importante elemento de “discontinuidad, si no lo era de propia y auténtica ruptura, en el proceso de construcción europea”, en la medida en que la Carta “desvía la atención de la simple lógica económica para llevarla hacia la de los derechos, por tanto, de las empresas a los ciudadanos”.

Según Rodotà, la construcción de un sistema europeo de los derechos fundamentales se propone “como instrumento de equilibrio necesario en un

---

\* Catedrática de Derecho Privado. Universidad de Catania (Italia).

mundo globalizado sobre todo por las lógicas de la economía” y demuestra “que la integración a través del mercado no puede constituir por sí sola fuente de legitimación para la Unión”<sup>1</sup>.

Aún más recientemente, el mismo autor ha puesto de manifiesto que la motivación más fuerte que se encuentra en la base de la Carta de los derechos y de su incorporación al Tratado adoptada por una Constitución para Europa ha de buscarse en la “declarada voluntad de salir del pasado unilateralismo del mercado” y en el reconocimiento “de valores irreducibles a las lógicas de mercado”. En suma, el “proceso constituyente también se presenta, y sobre todo en ciertos aspectos, como un paso necesario de la Europa de los mercados a la Europa de los derechos”<sup>2</sup>.

La lectura de Rodotà resume de manera eficaz uno de los principales frentes del debate en curso en la ciencia jurídica europea en torno al valor y al significado de la afirmación de la estrategia de los derechos en el proceso constituyente europeo: la declaración de los derechos se representa como fuente de legitimación de la misma construcción de una Europa unida y, al mismo tiempo, como una suerte de «contralímite» a la expansión y el predominio de la lógica de mercado.

En esta dirección se mueven, particularmente, todas aquellas posiciones que subrayan la importancia «in se» y «per se» de la recientemente alcanzada dignidad constitucional de los derechos sociales de una parte, y de los denominados nuevos derechos de otra, aun prescindiendo del grado efectivo de tutela acordado para tales tipologías de derechos. El simple «hecho» de haber incorporado en la Carta de Niza y en el Tratado constituyente estas dos tipologías de derechos se asume como señal altamente simbólica de la recepción en el ordenamiento europeo de fórmulas de tutela del individuo que incorporan de forma inmediata y directa una visión extramercantil de las necesidades humanas.

Pero hay algo más. La opción de los «constituyentes» europeos de adoptar como paradigma fundacional una «igualación ontológica» entre las distintas categorías de derechos y el principio de la indivisibilidad de los valores (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, justicia), permitiría superar aquella distinción entre derechos de libertad y derechos sociales que ha marcado a las constituciones nacionales de la segunda posguerra. Y, al

---

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, “Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile”, en G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, pp. 451 ss.

<sup>2</sup> IDEM, “Il Codice civile e il processo costituente europeo”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 21 ss.

mismo tiempo, permitiría asegurar un reconocimiento «constitucional» a toda una serie de instancias que éstas últimas aún no contemplan: derechos que se refieren a la dimensión no sólo externa de la persona, sino también a aquélla interna, íntima (desde la privacidad hasta las orientaciones sexuales)

Por tanto: derechos «versus» mercado.

1.2. No faltan, sin embargo, lecturas más críticas dentro del panorama europeo. La misma parificación ontológica entre las distintas tipologías de derechos se presta a una reconstrucción de un signo completamente diferente.

Más que garantizar la transición de una presunta «menor entidad» persistente de los derechos sociales con respecto a los más clásicos derechos de primera y segunda generación, terminaría por exaltar el «estatuto débil» de aquéllos exponiéndolos a un doble riesgo:

a) aquél de una acentuada precariedad del grado de tutela, a través del sometimiento a un régimen que choca con el límite de la voluntad política de los Estados miembros en la fijación de los estándares de protección y en la decisión sobre los recursos económicos destinados a la satisfacción de las necesidades que son objeto de tales derechos;

b) aquél de dispersar la propia peculiaridad, a través de la homologación de un estatuto construido a partir del modelo hegemónico de los denominados derechos patrimoniales.

En suma, la unificación de todos los derechos en un catálogo único privado de jerarquías explícitas terminaría por materializar un resultado paradójicamente opuesto respecto al proclamado por sus partidarios más convencidos: más que contribuir a encauzar el paradigma mercantil, reintroduce subrepticamente aquella jerarquía entre lógica de mercado y lógicas extramercantiles que las Constituciones nacionales «welfaristas» de la segunda posguerra habían intentado desbancar.

En vez de activar los derechos “contra” el mercado, instaura una nueva tendencia hacia la “mercantilización” (hacia la patrimonialización) de todos los derechos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En un sentido más general, la cuestión suscitada por muchos es si las formulaciones adoptadas por la Carta de Niza y por el sucesivo Tratado constitucional no terminarán por reproducir o, incluso, acentuar aquella tendencia a la subordinación de los derechos al objetivo de una integración económica en sentido estricto (al paradigma de la «economía de

1.3. La discusión en curso, además, no afecta sólo a la relevancia constitucional asignada a las distintas tipologías de derechos.

Basta pensar en el debate contextual que se viene desarrollando en la ciencia jurídica civilista en torno a una eventual unificación del derecho privado europeo. En este caso, el enfrentamiento parece manifestarse entre aquéllos que desearían limitar el espacio de la regulación europea exclusivamente al derecho de contratos (a las relaciones mercantiles) y aquéllos que auspician un derecho privado integralmente unificado (extendido también a las relaciones extramercantiles)<sup>4</sup>.

Pero, tras la polémica aparentemente táctica que parece dividir a los partidarios de la unificación a paso lento (el derecho de contratos como primer ladrillo de un proceso gradual) de los que abogan por una iniciativa más valiente políticamente legitimada (la construcción de un código civil europeo), emerge gradualmente una diatriba más sofisticada: aquélla relativa al papel asignable a la justicia social y al reconocimiento de los derechos no económicos<sup>5</sup>.

Una discusión que, por muchos aspectos, parece desaparecer las alineaciones ideológicas y políticas más tradicionales.

De este modo, el auspicio de un pleno reconocimiento del principio personalista y del principio de justicia social en la construcción del derecho privado europeo es formulado, precisamente, tanto por quien considera que la elaboración de un código civil unitario puede constituir una oportunidad para relanzar (al menos en las relaciones privadas) la protección de aquellas necesidades antes tuteladas por los Estados sociales; como por quien afirma poder contener dichos principios dentro de los límites de un blando (como inevitable) correctivo bajo una «lógica de mercado» pura.

---

mercado abierta y en libre competencia»), que una parte de la doctrina ha identificado tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la formulación de los tratados constitutivos de la Unión. Para una primera reconstrucción de este debate, véase. P. RIDOLA, "Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»", *Quad. cost.*, 2000, pp.15 ss.

<sup>4</sup> Para un reconocimiento del debate doctrinal y de las iniciativas de las instituciones europeas en materia de construcción de un derecho privado unificado, véase G. ALPA, "Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma", en [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>5</sup> Para una primera aproximación al debate en torno al significado que ha de atribuirse al "principio" de la justicia social en el derecho de los contratos, véase M. W. HESSELINK, "The horizontal effect of social rights in European contract law", *Eur. Dir. Priv.*, 2003, pp. 1 ss.; M. BARCELONA, "Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", *Eur. Dir. Priv.*, 2005, pp. 631 ss.; A. SOMMA, "Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 75 ss.

Mientras, por otra parte, una crítica profunda hacia la función que dichos principios podrían desempeñar en la regulación de las relaciones entre sujetos privados es planteada, por un lado, por los partidarios de la superioridad del modelo mercantil, que contemplan con desconfianza todas las formas de composición heterónoma de los conflictos intersubjetivos; por otro, por aquéllos que se inclinan por considerar inadecuada, insuficiente o incluso contraproducente una implementación de los principios de solidaridad e igualdad limitada solamente al campo de la disciplina privatística.

Resulta notablemente representativo de dicha mezcla de lenguas y opciones un pasaje del «Manifiesto» elaborado en 2004 por el «Grupo de estudio sobre la justicia social en el derecho privado europeo»<sup>6</sup>:

“Si los gobiernos intentan reducir el papel del Estado, impulsar las soluciones del mercado para los problemas, asegurar el bienestar social y usar la disciplina de la competencia de mercado para mejorar la eficiencia de la oferta de bienes públicos, los contratos se convierten tanto en un instrumento de comercio como en un instrumento político. Por ello, las reglas que disciplinan estas transacciones, las cuales hallan su fundamento en el derecho privado, se convierten en un instrumento regulador clave de las entidades de gobierno modernas. En la medida en que el abastecimiento público directo de bienes y servicios prestado a través de los entes del Estado social resulta desmantelado y reemplazado por las relaciones contractuales –para la educación, la salud, los servicios públicos, las pensiones, las comunicaciones– el derecho de los contratos proporciona las reglas que disciplinan el molde en el que los ciudadanos obtienen la satisfacción de sus necesidades primarias. El contenido de dichas reglas adquiere una importancia política aún mayor, dado que dichas reglas expresan los principios centrales de los ideales contemporáneos de justicia social”.

1.4. En el marco de la discusión en torno a los derechos se refleja, en definitiva, la división más general con respecto a las perspectivas y suertes del modelo social y económico de la Unión, que, a estas alturas, trasciende las sedes técnicas y tecnocráticas de los dictámenes, así como los congresos jurídicos, para volcarse en el incierto e inquieto camino de la propia adopción de «una Constitución para Europa».

Y se refleja, además, aquella tasa difusa de ambigüedad y de indefinición de las perspectivas que parece caracterizar a toda la cuestión europea,

---

<sup>6</sup> El texto del «Manifiesto» está publicado en ELJ, 2004, pp. 653 ss. La versión italiana se encuentra en Riv. crit. dir. priv., 2005, I, pp. 99 ss.

ofuscando a menudo la puesta en juego real y los términos efectivos de la discusión.

Ni tampoco falta quien destaca cómo el optimismo de los defensores de la estrategia de los derechos se está demostrando fuertemente ilusorio. La misma lectura del voto francés y holandés en el referéndum constitucional, por más que resulte controvertida, parece testimoniar una difusa desconfianza (por lo menos de aquellos dos electorados) con respecto a la idoneidad de la nueva Constitución europea para garantizar niveles de protección social análogos a aquéllos asegurados hasta ahora por los Estados miembros.

Sin embargo, más allá de las mayores o menores «chances» de éxito de las distintas opciones en este campo, queda abierta la reflexión sobre la cuestión aquí planteada: si una estrategia fundada en la ampliación del catálogo de derechos y en la unificación de los respectivos modelos de tutela aporta, o no, realmente un nuevo y más elevado nivel de composición de aquel difícil equilibrio entre instancias económicas e instancias extramercantiles, sometido a continuas tensiones, por lo menos, en los últimos veinte años.

## 2. UNA LEYENDA A ECHAR POR TIERRA: LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS PATRIMONIALES Y DERECHOS NO PATRIMONIALES

2.1. Para afrontar dicha cuestión es necesario volver a discutir frontalmente uno de los tópicos recurrentes en la literatura jurídica europea: aquél de la neta distinción entre derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales.

Dicha distinción se da normalmente por sentada. Sin embargo, parece constituir uno de los pocos postulados con respecto a los cuales la ciencia jurídica no siente la necesidad de interrogarse y dudar.

Raramente se puede hallar una reelaboración de los criterios y de los parámetros en los que se basa dicha clasificación; casi nunca se especifican las efectivas recaídas de la calificación de una determinada situación jurídica como no patrimonial, del mismo modo que no resulta para nada indagado el procedimiento hermenéutico a seguir para «colocar» determinadas situaciones subjetivas dentro de una u otra categoría.

De manera que, cuando se atisba en el debate europeo la intuición de los riesgos de una patrimonialización o –por usar la expresión de Dieter

Grimm— de una “comercialización”<sup>7</sup> de todos los derechos, la cuestión se afronta en términos unas veces huidizos y otras contradictorios.

Y es precisamente la ausencia de una adecuada definición del concepto de patrimonialidad lo que termina por generar aquella serie de equívocos y malentendidos que amenaza con tornar en estéril el enfrentamiento entre quien exalta el reconocimiento «tout court» de los denominados derechos no patrimoniales (los derechos como «contralímites» del mercado), y quien levanta dudas y perplejidades en torno a los efectivos grados de tutela reservados a estos últimos (el mercado como desembocadura inevitable de una inadecuada regulación de las necesidades sociales).

2.2. Uno de los criterios a través de los cuales tradicionalmente ha parecido resultar factible operar la distinción entre las dos categorías de derechos es aquél de las características del objeto: serían patrimoniales aquellos derechos que se refieren a los bienes económicos y no patrimoniales los que conciernen a cualidades e instancias no susceptibles de valoración mercantil (no convertibles en dinero).

En esta sede parece oportuno eludir una digresión, inevitablemente larga y aburrida, sobre la compleja «querelle» relativa a las características de los bienes jurídicos y sobre la noción de susceptibilidad de valoración económica (es decir, sobre el papel del sistema jurídico en la construcción de los mercados de las concretas utilidades intercambiables)<sup>8</sup>.

Es suficiente llamar la atención aquí sobre la complejidad de una correspondencia biunívoca entre derechos patrimoniales y bien económico, utilizando algunos ejemplos sintomáticos.

Piénsese en los derechos de la persona y en las problemáticas conexas a la opción de someter o no al régimen de la «convertibilidad en dinero» cualidades, actitudes o características de la acción humana.

En las definiciones corrientes, los derechos de la persona y los correspondientes valores de la dignidad, del desarrollo de la socialidad, del bienestar psico-físico, son asumidos como emblemas de la esfera de la extrapatrimonialidad.

---

<sup>7</sup> D. GRIMM, “Autonomia e libertà. Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la «commercializzazione»”, *Nomos*, 2001, pp. 9 ss

<sup>8</sup> Para una reconstrucción del concepto de patrimonialidad y para una crítica más analítica de la distinción entre derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales, consiéntase reenviar a la lectura de D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, Giuffrè, 2006.

Y, sin embargo, bien mirado, en la concreta organización de los ordenamientos occidentales las cosas resultan bien complejas: la misma actividad, la misma actitud, el mismo producto, la misma necesidad del ser humano pueden resultar sometidas a una pluralidad de regímenes jurídicos, a menudo de naturaleza patrimonial.

Baste pensar en necesidades como la educación o la salud. Ambas pueden ser objeto de una reglamentación de tipo mercantil o de una tutela de tipo no patrimonial: la selección del tipo de régimen no depende tanto, en realidad, de una presunta cualidad natural de la actividad objeto de la pretensión, como, a lo sumo, de la estructura de la relación jurídica que liga al titular del derecho a los sujetos obligados a las correspondientes prestaciones.

O, aún más, piénsese en el derecho del trabajador a una retribución justa o –para usar la misma dicción de la Constitución italiana– “proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurar a él y a su familia una existencia libre y digna” (art. 36). En este caso, estamos sin duda ante un objeto patrimonial (en cuanto expresamente pecuniario), pero estamos también ante el más clásico de los derechos sociales (por norma adscritos a los no patrimoniales). Un derecho que habría de consentir la conversión en dinero (bajo la forma de la retribución) de instancias y necesidades no mercantiles (una existencia libre y digna). Un derecho dispuesto para la corrección del precio que la prestación laboral obtendría en una dinámica de mercado no regulado.

2.3. Asignar el requisito de la patrimonialidad a necesidades, expectativas, instancias, actividades no susceptibles de valoración económica puede parecer una suerte de oxímoron que sólo la omnipotencia del derecho puede tornar en plausible.

Sin embargo, a día de hoy está ampliamente extendida en la literatura jurídica la conciencia de que no existen «in natura» los denominados bienes económicos, sino que la cualidad de la intercambiabilidad y de la convertibilidad en dinero (en una palabra, la patrimonialidad) se coloca en estrecha relación con el régimen jurídico al que una determinada utilidad resulta sujeta.

De ahí las tentativas de distinguir entre derechos patrimoniales y no patrimoniales, en vez de sobre la base del objeto de la pretensión, a partir de la estructura jurídica de la situación protegida y de las formas de tutela acordadas.

Procediendo a través de esquemas muy simplificados, la distinción, en esta hipótesis, se desplaza hacia el terreno de la característica de la



indisponibilidad. Si un derecho es indisponible no puede ser objeto de intercambio: está sustraído (por decisión del ordenamiento) del régimen patrimonial.

La opción de preservar de los riesgos aparejados a la técnica del «consenso» del titular del derecho (como modalidad de ejercicio y de traslación) un cierto núcleo de derechos resulta común a muchos de los defensores de la teoría de los derechos fundamentales, quienes afrontan explícitamente la cuestión de la prevención de los riesgos de comercialización de dicho consenso.

En este punto debe recordarse que en el origen del concepto de «derecho fundamental» ha predominado durante mucho tiempo la idea del deber de proteger un determinado núcleo de situaciones subjetivas de la inercia o del «arbitrio» de legisladores positivos. Pero no resulta infrecuente la convicción de que la técnica de construcción de este núcleo de intereses «superprotegidos» pueda consentir una tutela del individuo que se proyecta incluso frente a su propia libertad<sup>9</sup>.

2.4. Un síntoma de dicha instancia se halla también en la Carta de Niza, en la que se enuncia, por ejemplo, la “prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro” (art. 3)

En efecto, el recurso a la expresión «objeto de lucro» no permite sostener una absoluta alienabilidad de los derechos referidos al cuerpo humano: siendo pedantes se podría incluso deducir un poder de disposición (también) a cambio de dinero, con tal de que no haya beneficio. Se trata, sin embargo, de una fórmula extraordinariamente indicativa de las carencias que invaden la doctrina de los derechos fundamentales ante los riesgos que, para con dichas situaciones subjetivas, provienen no tanto o no sólo de la intervención pública, sino precisamente de su mercantilización.

---

<sup>9</sup> Por comodidad expositiva se asumen aquí esquemáticamente como punto de referencia los distintos enfoques de sello individualista de los derechos fundamentales que, de hecho, aplican a dichas situaciones el esquema clásico del derecho subjetivo (en la doble acepción del «agere licere» y del «agere posse»). Como es sabido, la doctrina jurídica, sin embargo, ha recorrido también trayectorias distintas a partir de la teoría institucional de los derechos fundamentales de P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993 (traducción al italiano a cargo de P. RIDOLA). Para una reconstrucción de las distintas concepciones de los derechos fundamentales nos limitamos aquí a G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993 (y a la *Presentazione* de N. BOBBIO); A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

Por lo demás, hace tiempo que la ciencia jurídica (así como los legisladores positivos) se encuentra cada vez más expuesta ante un dilema irresoluble: dejar que se despliegue sin límites la extraordinaria actitud poética del derecho en la construcción de objetos «propios» o disponer un freno (más o menos insuperable) a los riesgos de una patrimonialización integral de los intereses de los sujetos privados.

Riesgos antiguos, como aquéllos que surgen en los mercados caracterizados por importantes desequilibrios de fuerza contractual: piénsese en la estructura del mercado del trabajo y en la necesidad de disponer de algunos derechos de los trabajadores para protegerles de su propia libertad negocial, o sea, de aquella debilidad contractual que puede “constreñir” al trabajador a transigir sus propios derechos (más o menos fundamentales) en la relación con el patrón.

Y riesgos nuevos, como aquéllos que provienen de aquel “lado oscuro (...) del progreso científico y tecnológico”<sup>10</sup>, capaces de minar en su raíz aquellos derechos proclamados como inviolables e indisponibles: piénsese en los avances del sistema de la elaboración electrónica de los datos personales y en la consiguiente problemática de una regulación confiada al simple y tradicional consenso del titular del derecho correspondiente (al nombre, a la dignidad, al secreto de la correspondencia, etc.). O aún más, en los inquietantes descubrimientos en materia de manipulación genética y en la fragilidad (también aquí) de soluciones fundadas exclusivamente en la negociación del consenso.

En todos estos casos la cuestión que se plantea en el orden del día se torna en la siguiente: cómo proteger al titular de un derecho de sí mismo, de su propia libertad.

La inquietud que invade el debate en torno a los derechos, bien visto, se encierra en la opción entre fundar una (nueva) estrategia de los derechos, que aisle algunos (los fundamentales) en función de la garantía de la libertad individual y de la protección del individuo incluso frente a la libertad de cambiarlos por dinero, y la defensa de una concepción de los derechos subjetivos que interpreta toda comprensión de la libertad de ejercicio de los mismos derechos como expresión de opciones paternalistas.

2.5. Sin embargo, ni siquiera la construcción de los derechos fundamentales como derechos ontológicamente sustraídos del paradigma patrimonial está ausente de importantes aporías

Aun a riesgo de parecer provocadores, se proyecta sobre la «libertad personal»: objeto indiscutido e indiscutible del más sagrado e inviolable de

---

<sup>10</sup> D. GRIMM, “Autonomia e libertà...”, op. cit.

los derechos fundamentales. Y, sin embargo, aunque dentro de unos límites (más o menos) determinados, una cuota de dicha libertad puede hacerse disponible, transmutada en objeto de intercambio (en auténtica mercancía), cuantificada y medida en términos monetarios, introducida en el mercado: aquel particular mercado que se denomina mercado de trabajo.

El trabajo en cuanto «mercancía» constituye, en realidad, la primera gran aporía de toda estructura que pretenda mantener rígidamente diferenciadas las situaciones jurídicas patrimoniales de aquéllas no patrimoniales: admitir la disponibilidad jurídica del propio tiempo, de la propia movilidad, de la propia actividad física o de la propia inteligencia a cambio de dinero (salario, estipendio, remuneración, etc.) pone cuando menos una duda sobre la propia construcción de la libertad como esfera inviolable y, sobre todo, indisponible.

Pero, al mismo tiempo, la posibilidad de separar, objetivar y hacer disponible sólo una cuota, una porción de libertad, constituye el presupuesto y la garantía de la libertad individual moderna: la misma nunca puede ser cedida integralmente, sino sólo dentro de un límite autodeterminado.

Ni siquiera puede liquidarse la cuestión a través del escamoteo de la distinción entre indisponibilidad de la titularidad del derecho y disponibilidad de los concretos actos de ejercicio del mismo. Una solución muy acreditada<sup>11</sup>, pero densa en contradicciones lógicas y prácticas.

En muchos casos, admitir la disponibilidad del concreto acto de ejercicio del derecho (cuya titularidad se presenta inalienable) puede comprometer la propia subsistencia del derecho: ceder un órgano vital o un producto del propio cuerpo (desde la sangre hasta los elementos reproductivos) puede incluso ser interpretado como un «concreto acto», pero —en ciertas condiciones y en determinados contextos— podría manifestarse también como una acción definitivamente lesiva de derechos fundamentales (inviolables, indisponibles) como la integridad física, el bienestar psico-físico e incluso la dignidad.

---

<sup>11</sup> Así, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona...*, op. cit., p. 84, por ejemplo, ha llegado a la conclusión de que las características de la indisponibilidad, de la irrenunciabilidad, etc., afectan tan sólo a la titularidad del mismo derecho, la cual se concreta en la siempre repetible y renovable posibilidad jurídica de disponer a placer de las libertades constitucionalmente garantizadas, es decir, en la propia libertad inagotable de decisión sobre la propia libertad. En el mismo sentido se mueve la propuesta de L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2 ed., 2002, que construye la misma categoría de “derecho fundamental” a partir de su diferenciación con respecto a los derechos patrimoniales.

2.6. En realidad, el principal equívoco que continúa transmitiéndose en materia de calificación de las situaciones subjetivas es precisamente el de insistir en la distinción entre derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales.

Desde hace al menos un siglo, los ordenamientos occidentales admiten y experimentan continuamente la coexistencia de elementos patrimoniales y de elementos extra-económicos en todas las situaciones jurídicas subjetivas, salvo aquellas ocasiones en las que se opta por considerar preeminentes unos u otros según los fines de la disciplina de cada tipo de situación.

La compleja evolución de los ordenamientos modernos ha mostrado, hasta un cierto punto, una propensión continua a (intentar) sustraer explícitamente del esquema típico de la tutela patrimonialística aquellas situaciones (necesidades, intereses) en las cuales parecía políticamente oportuno componer un especial equilibrio entre instancias económicas e instancias no económicas (sociales, morales, éticas, afectivas, etc.), a favor de la salvaguardia o de la puesta en valor de estas últimas (con el fin de mantenerlas ajenas a la denominada lógica del dinero).

Para afrontar el tema de los riesgos de una nueva tendencia a la patrimonialización de los derechos resultan inadecuadas tanto las propuestas que buscan simplemente ampliar el elenco de los derechos que aluden a valores a primera vista (desde un posicionamiento ideal o ético) no económicos, como aquéllas que inciden sólo sobre el resorte de la disponibilidad (o de las prohibiciones de comercio).

Es necesario replantearse integralmente las formas y las técnicas de tutela de las diversas situaciones jurídicas.

### 3. TÉCNICAS DE TUTELA Y SOCIEDAD DE MERCADO

3.1. El tema de las formas de tutela y de las técnicas de solución puestas a disposición de las diversas tipologías de derechos resulta con frecuencia un campo minado.

En la afanosa búsqueda de mecanismos que incrementen el grado de efectividad de viejos y nuevos derechos, la discusión parece girar en torno a una genérica instancia equitativa, que busca experimentar el sometimiento de todas las tipologías de derechos a un modelo unitario de tutela.

La novedad más relevante de los últimos decenios es, en cualquier modo, la tentativa de hacer girar dicho modelo en torno a la aplicación del refinado instrumental civilista, pensado prioritariamente para la protección de los valores económicos.

Por ejemplo, uno de los argumentos-clave de la propuesta de dilatación de la tutela resarcitoria es aquélla que trae a colación la ausencia de instrumentos alternativos y eficaces para la tutela (privatística y no privatística) de los derechos de la persona: en la medida en que se trate de instancias irreducibles a la lógica monetaria —se dice— es siempre preferible, sin embargo, una «monetarización» de tales derechos a la carencia de soluciones jurídicas.

En muchos casos, pues, la misma crítica hacia el estatuto débil de algunas categorías de derechos, hacia su presunto carácter ineficaz, activa un debate sobre los diversos modelos de tutela, su eficacia y su grado de «cogencia», con resultados para nada inocentes.

Un debate incierto entre la exaltación y la subestimación de los efectos que la fuerza simbólica de la mayor parte de los denominados nuevos derechos está ya produciendo, no sólo en el imaginario colectivo, sino en el mismo funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos.

Bastaría atender a la extraordinaria dilatación del recurso a la fórmula de la composición contractual (o al menos negocial, pactada) y a la técnica reintegradora (resarcitoria).

En efecto, estas dos fórmulas planteadas y percibidas cada vez más a menudo como las únicas capaces de respaldar una salida práctica a la exigencia de colmar el descarte que se determina entre la evocación de principios sagrados (los «Derechos») y la ausencia de previsión de nuevas y más adecuadas fórmulas de tutela.

Más que replantear el lenguaje de los derechos, parece preferible experimentar la hipótesis de ampliar a todos los derechos las tutelas típicas de los derechos civiles tradicionales (es decir, aquéllos que parecen dotados de «cogencia» efectiva): una solución que presenta la indudable ventaja de hallar, en cualquier caso, alguna forma de tutela, incluso allí donde el legislador parece haber olvidado identificarla.

3.2. La lectura de los procesos de continua expansión de la contractuación de las necesidades y de las instancias de reintegración a través de la fórmula resarcitoria no se halla aún suficientemente indagada<sup>12</sup>.

A veces, estos procesos parecen relegados a una dimensión meramente fáctica, que nada añade o quita a la reflexión teórica sobre el estatuto de las distintas tipologías de derechos.

---

<sup>12</sup> Para una reconstrucción de la tendencia doctrinal y jurisprudencial hacia la dilatación de los instrumentos clásicos del derecho privado y a su extensión también a la tutela de los

Otras veces, la perspectiva de una dinámica relacional fundada sobre la competición permanente viene indicada, unas veces con acento crítico, otras con entusiasmo mal disimulado, como la última frontera de una sociedad que se sostiene sobre un ligamen artificial: un ligamen que conecte directamente, antes incluso que a los concretos individuos, los intereses/necesidades (siempre más puntuales y en constante aumento) que esperan y pretenden una realización en cuanto reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Desde esta última perspectiva, en verdad resulta casi ineluctable que toda interferencia en la esfera protegida de los concretos individuos se torne en fuente de conflicto: un conflicto que, al amparo de la experiencia de los derechos de primera generación, parece apaciguable tan sólo a través del modelo de la mediación consensual (negocio, pacto, contrato) o a través de la reintegración judicial de las pretensiones violadas (resarcimiento de la lesión sufrida).

Por lo demás, la fórmula negocial (mejor aún si es contractual) parece imponerse como la principal recaída de aquel núcleo constitutivo y originario del mismo concepto de «derecho subjetivo», que constituye la quintaesencia de la libertad moderna, es decir, de la idea de relación exclusiva entre el sujeto singularmente considerado y aquella porción de realidad que él entiende hacer suya, gestionar como propia.

No importa que se trate de un bien material o del interés de obtener determinados comportamientos de otros sujetos; que se trate de la propia vivienda o del propio cuerpo; de un paquete accionario o del instinto de procreación; de la búsqueda del beneficio o de la felicidad. Cualquiera que sea su objeto, el derecho subjetivo manifiesta la indudable fascinación de un mecanismo abstractamente idóneo para delimitar e identificar aquel espacio libre dentro del cual el concreto individuo ejercita el propio señorío, es patrón y soberano de sí mismo, sin que deba sufrir injerencias externas.

En suma, en el origen de la estrategia de la multiplicación de los derechos se encuentra el propio poder seductor que, en los siglos que nos preceden, ha sido capaz de ejercitar el paradigma propietario. Un paradigma basado en la atribución de un poder que tiende a sustraerse de todo límite de tipo conformativo, capaz de soportar sólo el límite externo de la frontera con los otros poderes exclusivos. Un poder negociable precisamente en la medida en que es exclusivo del sujeto.

---

denominados «nuevos derechos», consiéntase reenviar a D. LA ROCCA, «Il principio di patrimonialità nella giurisprudenza costituzionale. Una questione di «valori»», en AA. VV., Studi per il Cinquantenario della Corte Costituzionale, Rapporti patrimoniali, Napoli, 2006.

En definitiva, una idea de libertad que interpreta las relaciones interpersonales como vínculo transitorio y circunscrito, instituido a partir de una opción siempre reexaminable en la medida en que la misma se opera de forma distinta en cada ocasión, no siendo nunca impuesta en formas preconstituidas. Un vínculo que puede disolverse, del que es posible liberarse.

3.3. Esta representación, en realidad, es de todo menos neutra y objetiva. Enturbia y torna en opaca la sutil línea que separa el dato descriptivo y las estrategias prescriptivas; los análisis de los procesos en acto y las propuestas de intervención.

Desde el momento en que presenta como necesaria la secuencia necesidad-derecho, lleva a considerar como natural (inevitable y/o deseable) la ampliación continua de las propuestas de composición negocial/pacticia de los intereses individuales y colectivos.

Se produce una transición de la sociedad de los derechos hacia una sociedad de mercado. Una fórmula, esta última, dotada aún de una elevada tasa de ambigüedad, en virtud de muchos aspectos meramente alusiva, pero ciertamente idónea para evocar la imagen de una sociedad de individuos portadores de una cesta tendencialmente ilimitada de necesidades que exigen una realización inmediata y compulsiva.

Con dicha expresión se hace referencia aquí a un sistema que confía el papel de regulador de última instancia de todas las relaciones intersubjetivas al juego de las transacciones continuas entre atribuciones/preensiones individuales; es decir, un sistema que pretende reconducir la comunicación social hacia un módulo unitario e indiferenciado, que gira integralmente en torno a la lógica del interés y de la utilidad, al código del intercambio de equivalentes.

El mercado, desde este punto de vista, ya no se representa sólo como el lugar donde se desarrollan las relaciones típicas de la esfera económica (de la producción y del intercambio de mercancías): se convierte en un cuerpo de reglas aplicable a todos los ámbitos de las relaciones humanas (comprendidas las afectivas o las reproductivas). Incluso allí donde no se quieran introducir (más o menos subrepticamente) formas de auténtica y propia comercialización, se hace posible imitar o copiar el lenguaje del intercambio<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión consiéntase el reenvío a los ensayos contenidos en D. LA ROCCA (a cura di), *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, en curso de publicación.

Es decir, que la dialéctica mercantil se convierte en un mecanismo idóneo para exportar hacia el terreno de los recursos y de las expectativas inmateriales (o, en cualquier caso, aún apartadas del código del mercado) reglas homólogas o análogas a aquéllas que disciplinan las actividades auténticamente económicas.

Mientras, al mismo tiempo, se desmitifican, se debilitan y se desvitalizan todos los intentos de importar desde el terreno de las relaciones estrictamente mercantiles valores y expectativas inspiradas en lógicas mutualistas, solidarias o cooperativas.

El riesgo de una patrimonialización (mercantilización) integral (o incluso sólo parcial o subrepticia<sup>14</sup>) de los derechos deriva, por tanto, en primer lugar, precisamente de las tentativas de colocar definitivamente fuera de juego aquellas experimentaciones que, en el curso de los dos siglos precedentes, han marcado a los sistemas occidentales, caracterizándolos como sistemas fundados sobre un destacado pluralismo de las relaciones jurídicas y de las relativas tutelas, sobre una extraordinaria mezcla (más o menos sabia) de soluciones mercantiles y de mediaciones extra-patrimoniales.

Si se quiere contrastar dicha tendencia ya no resulta suficiente recurrir con la ambigua fórmula del «derecho no patrimonial» la incesante construcción de nuevas pretensiones confiadas (de hecho) a soluciones patrimonialistas.

Se trata, más bien, de valorar atentamente si subsisten aún márgenes de vitalidad para un sistema en el cual corresponda al pluralismo de situaciones protegidas una diferenciación de las técnicas de tutela dentro de los distintos modelos de relación intersubjetiva.

---

<sup>14</sup> Con la expresión "patrimonialización parcial o subrepticia" se hace referencia a aquella tendencia, bastante más extendida de lo que se piensa, a admitir formas de composición monetaria de los conflictos interprivados (prioritariamente «sub specie» de resarcibilidad), incluso allí donde entran en juego «valores» considerados «no patrimoniales», identificándolas como una suerte de "mal menor", como el resultado inevitable (aunque no necesariamente preferible) de una visión más atenta a los sentimientos y a las exigencias psicológicas de los individuos. Se trata de soluciones a primera vista «soft», que aún así ensombrecen una revisión de los mismos significados atribuibles al concepto de «valor» y sugieren la necesidad de reescribir la jerarquía entre parámetros de valoración de las elecciones individuales y colectivas.



#### 4. EL DIFÍCIL PARADIGMA DE LOS DERECHOS SOCIALES

4.1. Si se contempla la historia de los ordenamientos jurídicos modernos como un proceso no necesariamente lineal y carente de discontinuidad, es posible toparse con numerosos intentos de desarticular la tutela de los sujetos privados (de no aplastarla totalmente dentro del modelo de la exclusividad atributiva), de construir y proteger una multiplicidad de circuitos de satisfacción de las necesidades individuales.

Intentos, más o menos exitosos, de asegurar la subsistencia de espacios colaterales o alternativos con respecto al espacio mercantil, como protección tanto de aquéllas instancias que, colocándose en el mercado, resultan sacrificadas, como de la afirmación y de la vitalidad del mismo modelo mercantil.

La apuesta de los dos siglos que nos preceden ha sido también la de experimentar fórmulas, por así decirlo, intermedias entre la irrelevancia jurídica de determinados ámbitos relacionales y la relevancia de un único módulo de relación interpersonal (aquéel confiado al esquema mercantil). Pero también la de no constreñir todos los ligámenes sociales dentro de la rígida alternativa entre disponibilidad (imposibilidad de admitir injerencias externas en la esfera propia) y disponibilidad (admisibilidad del consenso/tolerancia a la intrusión).

Baste pensar, en el ámbito del derecho civil, en la construcción teórica de la categoría del negocio jurídico, como fórmula dotada de suficiente amplitud para aglutinar esquemas de disposición de los derechos distintos del contrato: esquemas que –aún basándose en el consenso– prescinden de la lógica y de la modalidad del intercambio (desde el matrimonio hasta los acuerdos constitutivos de asociaciones). Pero piénsese también en la incursión sobre el terreno de la mediación mercantil de instancias no económicas, operada a través de la intervención pública sobre los contratos estipulados por los denominados contrayentes débiles (derechos atribuidos «ex lege» a trabajadores, consumidores, inquilinos, etc.). Como, incluso, en las correcciones introducidas en la misma definición del derecho de propiedad, en función de la búsqueda de instancias de bienestar colectivo.

4.2. Las tentativas de diferenciar los regímenes de tutela según la naturaleza de los intereses o de los sujetos y de predisponer mecanismos de garantía distintos de la clásica reacción patrimonialista se han multiplicado a lo largo del siglo veinte, dando vida a soluciones extremadamente sofisticadas de satisfacción de viejas y nuevas necesidades. Soluciones que emanaban de la convicción de que el modelo fundado sobre la exclusividad atributiva no resultase adecuado para proteger y realizar todas las instancias de las que son portadores los distintos actores sociales.

En este sentido, indudablemente, el experimento más original ha sido aquél de los derechos sociales: pretensiones del todo innovadoras, en su base genética, tanto desde el punto de vista de la estructura como de los contenidos o de la individualización de los titulares. Pretensiones activas que hacen referencia ya no a una esfera de libertad intangible (libertades negativas), sino más bien a un complejo de prestaciones idóneas para satisfacción de necesidades complejas (libertades positivas, derechos de participación).

Desde el punto de vista de la estructura se trata, sin duda, de derechos sometidos a un estatus especial: “el estatuto jurídico de los derechos sociales es complejo y distinto del de los derechos civiles y políticos; interioriza, de forma contradictoria, conflicto y garantía, combinando el momento garantista con la disponibilidad de sus contenidos”<sup>15</sup>.

Ciertamente, es verdad que los derechos sociales instauran una estructura de la relación «pretensión-prestación» de tipo flexible, modulable, potencialmente precaria (en cuanto expuesta sensiblemente a la discrecionalidad político-administrativa). Así como es verdad que su concreta exigibilidad está sometida al vínculo externo de las disponibilidades financieras destinadas a su tutela: son derechos activables sólo dentro de los límites de una concreta disciplina legal que adecúa y modula el sistema de las pretensiones sobre la base de la capacidad financiera del servicio público.

Pero no se olvidaría que esta especialidad del estatuto constituye una recaída inmediata de la particular conformación del objeto de las pretensiones: su contenido es ambicioso en la medida que comprende una preñada instancia de bienestar, no limitada al sentido económico del término. Son expectativas que, constitutivamente, superan el clásico esquema binario “prohibición de lesión/obligación de reintegración”.

---

<sup>15</sup> G. MAESTRO BUELGA, “Diritti sociali e nuovi diritti: il nuovo paradigma dei diritti nella Carta di Nizza”, en D. LA ROCCA (a cura di), *Diritti e società di mercato...*, op. cit.

Piénsese en el derecho al trabajo, en el derecho a una retribución justa o a una retribución igual a aquélla de la que gozan trabajadores contractualmente más fuertes (es decir, a una retribución no determinada por el juego de la demanda y de la oferta en el mercado de trabajo, sino calculada también sobre la base de parámetros extramercantiles). Pero piénsese también en el derecho a la salud (y en la radical diferencia con respecto al clásico derecho a la integridad física), así como al derecho a la educación y al estudio.

En todos estos casos, el interés que se pretende tutelar se corresponde con una necesidad compleja que no se agota en una prestación puntual, que exige el desempeño de una serie de actividades, la organización de una serie de estructuras preordenadas para su satisfacción, el planteamiento de políticas.

Después, por cuanto se refiere a la individualización de los titulares, estamos ante situaciones jurídicas que ya no se reconducen ni se imputan al sujeto abstracto de derecho (a cualquier sujeto dotado de capacidad jurídica) en cuanto tal, sino que se conectan a la cualidad social de sus destinatarios (trabajadores, mujeres, menores, integrantes de minorías discriminadas, etc.). Derecho que “por vocación tienen (o deberían tener) un fundamento y un contenido fuertemente colectivo, comunitario, ligado a pertenencias, precisamente, sociales”<sup>16</sup>.

4.3. En suma, aquí no se pretende negar que el paradigma de los derechos sociales presente numerosos elementos criticables. Que se trate de situaciones a primera vista desprovistas de aquella plástica perfección, típica de los derechos civiles, que aparecen, al contrario, dotados de un robusto aparato de tutelas (acciones y sanciones) capaces de prevenir que los mismos se vean comprometidos (al menos bajo la forma de la disuasión) y de restituir su plenitud en caso de lesión (aunque sea bajo la forma de la reparación monetaria).

Lo que se quiere poner de manifiesto es que la cuestión de la efectividad de la tutela de los derechos sociales es mucho más controvertida de cuanto parece cuando se concentra la atención sobre el perfil de su estructura formal (de su exigibilidad).

De hecho, no cabe ninguna duda de que en la fase de mayor desarrollo de la fórmula del Estado social, dichos derechos han gozado de una intensa

---

<sup>16</sup> A. CANTARO, “Diritti sociali e neocostituzionalismo europeo”, D. LA ROCCA (a cura di), *Diritti e società di mercato...*, op. cit.

garantía sistémica/sistemática: la construcción de imponentes aparatos preordenados para la derogación de servicios y para la administración de los recursos públicos ha hecho posible, durante largo tiempo, una eficacia incluso mayor que aquella que el sistema jurisdiccional era (y es) capaz de ofrecer a los derechos de primera generación.

Hay una notable diferencia de efectividad (de amplitud de la tutela) entre el derecho (civil) a la integridad física y el derecho (social) a la salud, o sea: entre la solución resarcitoria, que puede ser invocada (sólo) en el caso de lesión de la salud provocada por un tercero (aunque sea en la acepción más amplia, que comprende los denominados daños biológicos) y el derecho a obtener una asistencia sanitaria completa (y gratuita), dirigida a cubrir tanto los casos de patologías no (necesariamente) relacionadas con algún hecho ilícito, como las fases de prevención del daño (derecho a efectuar análisis clínicos, controles médicos, vacunaciones, curas sanitarias dirigidas a evitar la aparición de patologías aún no contraídas).

4.4. Tras las críticas apuntadas en el plano de la efectividad y de los estándares de tutela de los derechos sociales se esconde, muy a menudo, una profunda reserva sobre el propio sentido de su especialidad. Una reserva –unas veces explícita y frontal, otras subrepticia e insidiosa– sobre sus contenidos, sobre los criterios de atribución de su titularidad, sobre su fuente misma de legitimación.

En primer lugar, es el mismo nexo de unión entre Estado social y derechos sociales el que permite prefigurar una crisis en cadena, una relación casi consecencial entre el declive de las políticas keynesianas y la pérdida de consenso y de valor de la fórmula de las pretensiones frente a la intervención pública<sup>17</sup>.

En segundo lugar, se pone en fuerte discusión la idea de una conexión entre derechos y cualidad social de los titulares: la asignación de recursos (financieros y jurídicos) a determinados sujetos en razón de su posición social genera la sospecha de una suerte de reedición de una organización corporativa y «lobbística»; de un régimen de excepcionalidad y de derogación con respecto a la construcción moderna de la ciudadanía universal (que en cuanto tal exige una motivación fuerte).

En tercer lugar, el mismo carácter ambicioso de los contenidos de la tutela termina por activar un impulso a estándares de prestación cada vez

---

<sup>17</sup> Cfr. G. MAESTRO BUELGA, "Diritti sociali e nuovi diritti...", op. cit.

más elevados, que ya no parecen alcanzables si se pretenden prestar a través de formas burocráticas, o por sujetos no sometidos a una continua verificación de eficiencia al amparo de parámetros económicos (mercantiles)<sup>18</sup>.

Críticas legítimas todas ellas. Pero no prueban la superioridad estratégica de las propuestas de modificación radical del paradigma de los derechos sociales: no puede afirmarse que el precio de una desvitalización de su estructura originaria y de su homologación con respecto a los derechos civiles quede realmente compensado por un estándar de exigibilidad más elevado.

## 5. EL AMBIGUO ÉXITO DE LOS NUEVOS DERECHOS

5.1. Una verificación indirecta de las críticas a las que se expone la propuesta de un modelo unitario de tutela de los derechos basado en la expansión de las técnicas patrimonialísticas (contrato y posibilidad de resarcimiento) puede registrarse ya en el frente constituido por los denominados nuevos derechos.

La fórmula «nuevos derechos»<sup>19</sup> corresponde a una instancia difusa de regulación de los intereses individuales confiada a la máxima dilatación del módulo de los derechos subjetivos. Se trata de una fórmula que, sin lugar a dudas, tiene la ventaja de presentarse como un contenedor abierto, como una solución dúctil frente al impasse en el que se mueve la ciencia jurídica europea. Una expresión que parece adecuada para aglutinar tanto nuevas formulaciones de los derechos tradicionales de la persona como la juridificación de «nuevas utilidades».

Sin duda, el éxito de la estrategia de la multiplicación de los derechos hunde sus raíces precisamente en las críticas más penetrantes al modelo de los derechos sociales.

Tal y como se ha dicho, allí donde éstos últimos se ligan a las condiciones sociales de sus titulares y a la capacidad (eficiencia y disponibilidad de recursos) de los aparatos administrativos públicos de mantener las obliga-

---

<sup>18</sup> Cfr. A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, en trámite de publicación.

<sup>19</sup> Sobre la compleja problemática de los «nuevos derechos», cfr., in particular, M. Á. GARCÍA HERRERA, «Diritti nuovi e nuovi diritti nell'Unione Europea», en D. LA ROCCA (a cura di), *Diritti e società di mercato...*, op. cit.

ciones asumidas, los nuevos derechos intentan desengancharse definitivamente de tales condicionamientos.

Son pretensiones que redescubren el mito de un retorno a los orígenes de la concepción del sujeto jurídico, como sujeto abstracto de toda determinación social, de todo ligamen o pertenencia<sup>20</sup>. Vuelven a colocar en el centro de la reflexión jurídica al individuo atomizado, disponible a entrar y salir continuamente de vínculos y agregaciones temporales, atento a la construcción y a la conservación de una esfera propia de acción intangible. A las propias libertades.

5.2. Desde este punto de vista, la hipótesis de construir un modelo unitario de tutela parece la más adecuada para transportar a las relaciones interprivadas el aseguramiento de una garantía ordinamental cada vez más cercana a las necesidades humanas, la cual ejerce un impulso hacia su segmentación y su conceptualización parcelada.

La misma opción de adoptar un término único (derecho) para hacer referencia a una heterogénea variedad de intereses se corresponde con una concepción ideológica que asume la superioridad del modelo de la atribución exclusiva de las pretensiones individuales, indicándolo como la fórmula jurídica a privilegiar para proteger a los concretos individuos, tanto por la discrecionalidad político-administrativa como por la injerencia indebida de los demás coasociados.

Sin embargo, la idea de que dicho modelo sea el que mejor responde a una garantía plena de las exigencias individuales resulta criticable en el mismo momento en que, en la diferenciación de los modelos de tutela, se sustituye una fecunda, en cuanto incierta, interpretación del denominado catálogo de los derechos: derechos que corresponden a todas las fases de la vida humana (fase embrionaria, infancia, adolescencia, tercera edad), a todos los aspectos de la vida cotidiana (consumo, producción, información, etc.), a todo estado de necesidad (desde el estudio hasta las vacaciones, desde la adquisición de bienes materiales a la de bienes inmateriales) e, incluso, a toda experiencia vital (derechos de los animales, de las plantas, etc.).

Derechos parcelados y puntuales, dirigidos a cubrir cualquier exigencia, instancia o deseo que encuentre en el otro un obstáculo para la propia

---

<sup>20</sup> Cfr. P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari, 2005 (en particular, pp. 149 ss).

satisfacción. Derechos individualizados que se construyen, se redefinen y, cada vez con más frecuencia, se precisan a partir de los casos suscitados por individuos concretos, más que situaciones hipotéticas de forma general y abstracta. Derechos que se enfrentan exhibiendo su intransigente carácter absoluto, desplazando continuamente el ámbito de su mediación.

Situaciones jurídicas, en definitiva, inéditas en cuanto que ya no resultan interpretables bajo los esquemas conceptuales y cognitivos ofrecidos por una tradición jurídica secular: no quedan comprendidos en el concepto de estatus (que presupone una forma de enraizamiento social dotada de una cierta estabilidad), ni en el de privilegio (en cuanto acuñados a partir del caso concreto, aspiran a hacerse extensibles a cualquiera que pueda encontrarse en la misma situación en el futuro), tienden a sobrepasar incluso la fórmula, aunque abierta, de los derechos de cuarta generación (que prefigura, en cualquier caso, un reconocimiento normativo).

5.3. Por tanto, a pesar de que los nuevos derechos intenten valerse de la alcanzada unificación del estatuto de todos los derechos, haciendo del mismo su propio estandarte, también terminan por manifestar su especialidad.

Una estructura compuesta, una suerte de mezcla de las características de los derechos de las generaciones precedentes: de la primera generación adoptan el esquema exclusivo, pero intentan adaptarlo a bienes e intereses extra-económicos. De la segunda y de la tercera copian su originaria inspiración reivindicatoria, pero pretenden saltarse la compleja serie de filtros que se interponen entre el reconocimiento jurídico de la instancia y su concreta exigibilidad por parte de los individuos concretos. Exigen, en definitiva, una tutela inmediata y directa de las necesidades, cuya satisfacción plena requiere (o al menos parecía reclamar llegados hasta este punto) un elevado grado de cooperación y de sofisticadas mediaciones.

En dicho sentido, resulta emblemática la proliferación de solicitudes (a menudo aceptadas por los jueces y legisladores) de transformar la ausencia de disfrute de los distintos derechos en sanciones resarcitorias.

La interminable creatividad de los defensores de derechos siempre nuevos no teme a la trituración del ilícito en una miríada de figuras y subfiguras construidas a partir del caso concreto, más que a partir de la comprobación objetiva de la correspondencia entre éste último y el supuesto abstracto.

Pero infravalora el riesgo de perseguir, por dicha vía, una introducción subrepticia en nuestros sistemas de un método de apreciación de las conductas de tipo equitativo.

Cuando el mismo comportamiento se configura como legítimo o ilegítimo según una serie de circunstancias, unas veces ocasionales y otras imponderables, a menudo dependientes de las condiciones particulares del titular del derecho lesionado, la valoración en torno a la aplicabilidad del remedio deja de ser un acto de comprobación y se convierte en una decisión «ad hoc».

La certeza y la posibilidad de prever la tutela, las cuales habrían debido de ser aseguradas por la inmediata justiciabilidad, ceden el puesto a una suerte de ocasionalismo jurídico que puede comprometer la esfera del «agere licere».

5.4. Más que un modelo simplificado y unificador de tutela de los sujetos privados, por dicha vía se corre el riesgo de desembocar en nuevas e imprevisibles desigualdades: entre sujetos fuertes y sujetos débiles, entre exponentes de minorías organizadas e individuos desprovistos de poderes negociales; o, más banalmente, entre quien tiene y quien no tiene medios y recursos, no sólo económicos, para afrontar largas e inciertas causas judiciales.

No es ésta la sede para verificar si los problemas apenas expuestos son la consecuencia inevitable del modelo de la multiplicación de los derechos o si son más bien reconducibles hacia la propuesta de declinar dicha multiplicación en función de una perspectiva prioritariamente resarcitoria.

Los problemas relacionados con la actual tendencia a la continua ampliación de los casos de resarcibilidad de las lesiones (los efectos distorsionantes que puede producir en las dinámicas relacionales no mercantiles, los resultados más o menos incontrolables de patrimonialización subrepticia de intereses no económicos) son demasiado complejos para ser afrontados en unos pocos apuntes finales.

Lo que se quiere destacar es, sobre todo, el riesgo de que, a medio plazo, un crecimiento exponencial de las pretensiones individuales de justicia que no pudieran recibir después una respuesta plena y rápida, podría, de hecho, alimentar nuevas formas de desconfianza hacia la mediación jurídica, reducida de complejo de reglas socialmente compartido a mera técnica de revancha ocasional y simbólica.

El discurso de los derechos, en suma, deberá volver necesariamente a hacer cuentas con los sistemas de solución complejos (con modelos de tutela diferenciados) si desea responder a la expectativa de un nuevo conubio entre libertad y garantía de eficacia.